

**UNIVERSIDADE DE LISBOA**

**FACULDADE DE DIREITO**



**Gastos de Financiamento Líquidos:**

**Entendimento e Tratamento Fiscal**

**João Filipe Avelar Duarte Basílio**

**Dissertação de Mestrado Científico  
em Direito Fiscal**

**Elaborada sob a orientação da  
Professora Doutora Ana Paula Dourada**

**2016**







# Lista de Abreviaturas

Abaixo apresenta-se uma lista das abreviaturas utilizadas na presente obra, por ordem alfabética:

- ∞ **AT** – Autoridade Tributária e Aduaneira
- ∞ **BACH** - Bank for the Accounts of Companies Harmonised
- ∞ **BEPS** – Base Erosion and Profit Shifting – Erosão da Base Tributável e Transf. de Lucros
- ∞ **CAAD** – Centro de Arbitragem Administrativa
- ∞ **CDT** – Convenção / Convenções para evitar a Dupla Tributação
- ∞ **CEAA** – Cláusula(s) Especial(/iais) Anti-Abuso
- ∞ **CFC** – *Controlled Foreign Companies*
- ∞ **CGAA** – Cláusula Geral Anti-Abuso
- ∞ **CIRC** – Código do Imposto sobre as Pessoas Coletivas
- ∞ **Circular** – Circular 7/2013, de 19 de agosto
- ∞ **CNC** – Comissão de Normalização Contabilística
- ∞ **CSC** – Código das Sociedades Comerciais
- ∞ **DL** – Decreto-Lei
- ∞ **DdR** – Demonstração de Resultados
- ∞ **DR** – Decreto Regulamentar
- ∞ **EBF** – Estatuto dos Benefícios Fiscais
- ∞ **EBIT** – Earnings before Interest and Tax – Resultados antes de Impostos
- ∞ **EBITD** – Earnings before Interest, Tax, and Depreciation – Resultado antes de Juros, Impostos e Depreciações
- ∞ **EBITDA** – Earnings before Interest, Tax, Depreciation and Amortization – Resultado antes de Juros, Impostos, Depreciações e Amortizações.
- ∞ **EBT** – Earnings before Taxes – Resultado antes de Imposto
- ∞ **GAAP** – General Accepted Accounting Principles
- ∞ **GFL** – Gastos de Financiamento líquidos

- ∞ **IAS** – International Accounting Standards
- ∞ **ICTA** – Income and Corporation Taxes Act (1988)
- ∞ **IES** – Informação Empresarial Simplificada
- ∞ **IFRS** – International Financial Reporting Standards
- ∞ **IRC** – Imposto sobre as Pessoas Coletivas
- ∞ **KStG** – Körperschaftsteuergesetz (Lei do Imposto sobre Sociedades)
- ∞ **LGT** – Lei Geral Tributária
- ∞ **NCRF** – Norma Contabilística e de Relato Financeiro
- ∞ **NR** – Nota de Rodapé
- ∞ **OCDE** – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico
- ∞ **OE** – Orçamento de Estado
- ∞ **PwC** – PricewaterhouseCoopers
- ∞ **Relatório** – Relatório BEPS: Plano de Ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, Ação n.º4
- ∞ **RETGS** – Regime Especial de Tributação de Grupos de Sociedades
- ∞ **RLP** – Resultado Líquido do Período
- ∞ **SCR** – Sociedades de Capital de Risco
- ∞ **SGPS** – Sociedade(s) Gestora(s) de Participações Sociais
- ∞ **SNC** – Sistema de Normalização Contabilística
- ∞ **TCE / Tratado de Roma**– Tratado sobre a Comunidade Europeia
- ∞ **TFUE** – Tratado sobre o Funcionamento da União Europeia
- ∞ **TJCE** – Tribunal de Justiça das Comunidades Europeias
- ∞ **TJUE** – Tribunal de Justiça da União Europeia
- ∞ **TRLIS** – Texto refundido de la Ley del Impuesto sobre Sociedades
- ∞ **TUIR** – *Testo Único delle Imposte sui Rediti*

# Resumo

A temática da dedutibilidade dos gastos com financiamento é uma que tem merecido larga atenção por parte dos intervenientes de Direito, desde aplicadores, intérpretes a meros interessados.

Em Portugal, a sua história conta já com dois regimes que se sucederam, tanto nas páginas desta Dissertação, como nas últimas décadas por razão da incompatibilidade do primeiro com os princípios europeus, aonde esta temática é igualmente merecedora de grande enfoque. No presente, contudo, foi importante proceder à explanação do estado atual da regulação da matéria e, bem assim, a apreciação crítica da mesma.

Numa segunda abordagem à temática, explorou-se descritivamente a regulação internacional que é conferida à dedutibilidade dos encargos com o financiamento do ponto de vista de instrumentos regulatórios internacionais e europeus, a par da regulação que é conferida em alguns Estados europeus.

Finalmente, percorreram-se algumas abordagens alternativas tendentes à conformação da realidade sob análise, explorando algumas oportunidades que podemos equacionar (re-)ver na legislação portuguesa, ou que podem ser discutidas a nível internacional.

O tema sob escrutínio está correntemente sob a luz de vários holofotes, quer nacionais, quer internacionais, pelo que a conclusão deste trabalho nunca pretendia arrogar-se uma conclusão fechada. Ele procura ser um contributo – esperamos, inovador – para o enquadramento do tema.

# Abstract

The topic of deductibility of interest expense is one that has deserved large attention by the actors in the field of Law, from practitioners, interpreters to mere interested agents.

In Portugal, its history has been composed by two regimes in sequence, as much in the pages of this work, as through the last decades. The evolution was set, in the first place, because of incompatibility with EU regulation, where much attention has been devoted to the topic. In the presence, a need was felt to explain the current state of the legislation as well as to conduct a critic analysis.

In a second approach, the author conducted a descriptive incursion on the regulations applicable to the topic, from the point of view of the international and European regulation, but also in what relates to the regulation in several Member States.

To conclude, an incursion was made through some available approaches oriented to the regulation of the topic under analysis, exploring a number of opportunities that it is possible to (re-)acknowledge in the Portuguese legislation, or that may be discussed in international forums.

The topic under analysis is currently under several spotlights, whether national or international, reason why no solution proposed herein assumes itself as a closed conclusion. They compose a mere contribution – innovative, we hope – for the framework of the topic.



# Índice

Lista de Abreviaturas .....	5
Resumo.....	7
Abstract .....	8
Índice .....	9
Índice de Figuras .....	12
Introdução.....	14
I - Gastos de Financiamento Líquidos.....	16
Evolução Histórica.....	25
Parte I - Subcapitalização .....	25
Parte II - Alteração do paradigma – a jurisprudência do TJUE.....	27
Parte III – Gastos de financiamento líquidos .....	42
Resenha explicativa do regime .....	49
Resenha explicativa do regime (cont.): grupos societários .....	54
Circular 7/2013 de 19 de agosto .....	56
Interpretação crítica do regime .....	68
Questões polémicas / Alertas.....	68
Gastos líquidos com o financiamento – critérios de dedutibilidade.....	73
Qualificação da norma tributária .....	86
II - Gastos líquidos com o financiamento e a legislação internacional .....	100
Plano de Ação BEPS.....	102
Conceito de Interest para efeitos do Relatório BEPS da OCDE .....	109

Incidência subjetiva de regras de limitação à dedutibilidade .....	113
Medidas de combate à erosão da base tributável e transferência de lucros.....	115
Diretiva Anti-Tax Avoidance .....	144
III - Direito Comparado.....	148
Sistema fiscal alemão.....	149
Sistema fiscal italiano .....	152
Sistema fiscal finlandês.....	156
Sistema fiscal holandês .....	160
Sistema fiscal francês.....	163
IV - As diferentes faces da questão da dedutibilidade dos encargos com o financiamento.....	168
Regra geral da dedutibilidade dos juros .....	170
Conceito de Gasto.....	172
Conceito de “Indispensabilidade” .....	175
“Rendimentos sujeitos a IRC” .....	181
Do eventual recurso à Circular n.º 7/2004 de 30 de março, ao artigo 23.º do Código do IRC. ....	191
Remuneração convencional do capital social .....	209
<i>Hybrid mismatches</i> .....	214
Prevenção de incidência objetiva específica.....	220
<i>Transfer-pricing</i> rules .....	224
Abordagem multilateral .....	229
Conclusões .....	236
Bibliografia.....	237



# Índice de Figuras

Figura 1: Lucro Operacional Líquido sobre ativo total (2012) .....	75
Figura 2: Demonstração de Resultados por Natureza – modelo retirado da Portaria 986/2009 de 7 de setembro.....	79
Figura 3: Proporção do passivo detido pelas empresas em função do rácio de cobertura de juros   Por classes de dimensão e setores de atividade económica (2014) .....	84
Figura 4: Fixed ratio rule – Apuramento do teto máximo de dedutibilidade por entidade individual através de rácio com referência a ativos detidos .....	121
Figura 5: <i>Fixed ratio</i> rule - Apuramento do teto máximo de dedutibilidade por entidade individual através de rácio com referência a rendimentos .....	124
Figura 6: Rácios aplicados, por país, no apuramento da dedutibilidade dos encargos com financiamento em face do referencial económico (EBITDA ou EBITD).....	125
Figura 7: Percentagem de empresas multinacionais (MNC) e domésticas (Non-MNC) que poderiam deduzir a totalidade dos seus encargos financeiros, por percentagem do EBITDA praticada. ....	127



# Introdução

A temática da limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros é preponderante nos dias de hoje, tendo em conta a importância que para as empresas este tipo de gastos apresenta na conformação da sua matéria tributável.

Efetivamente, dada a fungibilidade dos valores monetários, a possibilidade de estabelecer acordos intra-grupos que permitem a transmissão dos lucros sem correspondência ao local onde foram gerados e a utilização de expedientes artificiais (mais ou menos evasivos) permitidos por divergências legislativas conferem às empresas a possibilidade de maximizar o seu poder de dedução ao ponto de quebrar as fronteiras do rendimento real obtido, distorcendo assim a competência tributária dos Estados e protelando abusos.

O problema tem já nome específico na doutrina – BEPS - Base Erosion and Profit Shifting (Erosão da Base Tributável e Transferência de Lucros) – e merece a atenção dos agentes nacionais e internacionais desde há décadas, sendo inúmeras vezes abordado em Congressos Internacionais, nomeadamente da International Fiscal Association, ou sendo alvo de grupos de trabalho, dos quais mais recentemente se destacam os grupos de trabalho constituídos ao abrigo do Plano BEPS, levado a cabo pela OCDE com intervenção inicial e acompanhamento dos G20.

Esta é uma temática muito variada, e as possibilidades de regulação do tema são variadíssimas, variando desde regras de desconsideração dos encargos, com maior ou menor acolhimento dos princípios de Direito, e regras específicas anti-abuso, que pretendem cirurgicamente tratar questões previamente identificadas de planeamento fiscal.

A estrutura da presente dissertação passa, em primeiro lugar, por identificar as normas nacionais de regulação sobre o tema, focando a sua atenção sobre a evolução histórica, sistematicidade e apreciação crítica da norma específica de regulação da dedutibilidade dos encargos com o financiamento portuguesa.

De seguida, foi dado enfoque ao tratamento legislativo internacional que o tema tem merecido, tanto a nível internacional, como a nível europeu, sendo a exposição marcada por um pendor mais descritivo, pontualmente apreciado criticamente quanto a aspetos considerados relevantes. Considerou-se relevante realizar um excuro sobre o tratamento da realidade em diversos ordenamentos jurídicos portugueses, de modo a diversificar o entendimento sobre a regulação da matéria.

Sem intuito de esgotar o universo destas possibilidades de regulação mas não tendo outra alternativa, quer quanto a abrangência por razões de praticabilidade, quer quanto a profundidade da pesquisa por razões de complexidade e suscetibilidade de ramificação das matérias, conclui-se este trabalho com uma apresentação de algumas soluções legislativas – umas mais inovadoras que outras, mas que não pretendem ser uma conclusão fechada ou muito menos a única solução possível – que podem ser incluídas na legislação, sendo que de facto já todas o são, em maior ou menor grau, em Portugal ou no estrangeiro.

A procura do Ótimo de Pareto na tributação dos encargos financeiros deve atender a vários critérios que nem sempre são fáceis de conjugar. Desde a preocupação com a obtenção de riqueza por via da coleta tributária, por parte dos Estados, até à manutenção de competitividade inter-estadual, passando por procurar evitar situações de dupla (não) tributação e gerir praticabilidades contabilísticas. Procurou-se, com este trabalho, dar a ideia de alguns dos problemas relacionados com algumas das soluções propugnadas para o problema em apreço.

# I - Gastos de Financiamento Líquidos

O tratamento fiscal dos gastos com o financiamento é um dos fatores que reveste especial importância no momento da opção pelo plano de financiamento numa ótica de estratégia empresarial, não sendo despidianda a escolha entre um empréstimo realizado perante agentes externos ou a angariação de verbas junto de sócios/acionistas. Este possível enviesamento da liberdade de escolha é, no entanto, sindicável à luz do princípio da eficiência, uma vez que o Contribuinte não deveria ser motivado por eventuais implicações fiscais das suas operações aquando da tomada de decisão sobre as mesmas.

Cumpre, em primeiro lugar, distinguir os conceitos<sup>1</sup> aqui em questão, nomeadamente o que se deve entender por endividamento (“*debt*”) e por capitalização (“*equity*”).

Na esteira de Damodaran<sup>2,3</sup>, “*The first distinction is that a debt claim entitles the holder of the claim to a contracted set of cash flows (usually interest and principal payments), whereas an equity claim entitles the holder to any cash flows left over after meeting all other promised claims*”<sup>4</sup>. Entende-se que a exigibilidade do crédito é valorada de modo diferente, sendo que os passivos referentes a entidades terceiras devem ser saldados previamente à distribuição do ativo remanescente da sociedade pelos sócios, e mediante as suas participações. Tal é visível quer numa ótica anual, em que os juros são apresentados em sede de Demonstração de

---

<sup>1</sup> Para facilidade na destrição dos conceitos, usa-se o termos de endividamento como significado de financiamento através de dívida perante entidades terceiras e capitalização como significado de financiamento junto dos sócios.

<sup>2</sup> **Damodaran, Aswath**, “Corporate Finance: Theory and Practice”, 2nd Edition, New York, (Capítulo 16 a 20).

<sup>3</sup> Sobre este tema, ver também: **Scholes, Myron, Wolfson, Mark, Erickson, Merle, Maydew, Edward, Shevlin, Terry**, “Taxes and Business Strategy: A Planning Approach”, New Jersey, 2009; **Finnerty, J., Emery, D.**, “Debt Management”, Harvard Business Press, Boston, 2001. Na literatura nacional, leia-se **Pereira, Manuel Freitas**, “Fiscalidade”, Ed. Almedina, 2005 e **Martins, António**, “A fiscalidade e o financiamento das empresas”, Edições Vida Económica, Porto, 1999.

<sup>4</sup> Tradução livre: “A primeira distinção [entre endividamento e capitalização] resulta do facto de o endividamento reconhecer ao mandante um crédito sobre a sociedade (normalmente, juros e a devolução da quantia mutuada) ao passo que o detentor de capital apenas poderá obter resgatar quaisquer quantias da sociedade após esta satisfazer previamente todos os seus passivos”.



Resultados, como gastos do período, antes do apuramento do EBT, ao passo que os dividendos são distribuíveis apenas se o RLP o permitir ou se reservas anteriormente criadas permitirem gerar esse efluxo, quer em situações de dissolução com liquidação de sociedades, naquilo que o n.º 1 do artigo 147.º e artigos 154.º e 156.º do CSC estatui<sup>5</sup>.

A par desta primeira distinção basilar aquele autor ainda aponta para outros pontos de destriça entre as realidades acima aludidas. O seu tratamento fiscal é um deles, na medida em que os gastos com financiamento pagos aos credores são enquadrados como despesas dedutíveis, permitindo gerar poupança fiscal em certa medida, enquanto os pagamentos feitos aos credores de capital (normalmente, sócios) só podem ser feitos depois de apurado o rendimento disponível, como visto acima. Paralelamente, o endividamento é normalmente caracterizado por uma maturidade fixa, ao fim da qual a quantia mutuada deverá ser restabelecida, enquanto o capital é tendencialmente caracterizado por uma duração que acompanha a vida da sociedade. Finalmente, e dadas as características apresentadas acima, os investidores no capital detêm parte ou a totalidade dos poderes de gestão da sociedade (conferida, precisamente, pela detenção de capital social); por outro lado, os investidores financeiros dispõem de um papel mais passivo na gestão da sociedade podendo, segundo o autor mencionado, exercer quanto muito um direito de veto no que toca a decisões financeiras de maior relevo.

Em jeito de sumário, e servindo-nos da definição do autor que vimos seguindo, endividamento pode ser definido como: “(...) *any financing vehicle that has a contractual claim in the firm’s cash flows and assets, creates tax deductible payments, has a fixed life, and has priority claims on the cash flows in both operating periods and bankruptcy.*” Diversamente, capitalização é entendido como: “(...) *any financing vehicle that has a residual claim on the firm, does not create tax advantage from its payments, has an infinite life, does not have any priority in bankruptcy, and provides management control to the owner.*”<sup>6</sup>

---

<sup>5</sup> Sobre o tema da dissolução de sociedades com liquidação, veja-se: **Ventura, Raúl**, “Dissolução e Liquidação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais”, 4.ª reimpressão, Ed. Almedina, Coimbra, 2011 e, do mesmo autor, “Sociedades Comerciais: Dissolução e Liquidação, Volume II, Edições Ática, Lisboa, 1960.

<sup>6</sup> Tipicamente, as opções de capitalização são tomadas através dos seguintes instrumentos: participações no capital social da empresa por parte dos sócios ou de investidores que recebam partes de capital em troca de entradas monetárias, mediante a emissão de novas ações, ou através da emissão de *warrants* – contratos que

A definição pode, à partida, parecer de aplicação líquida mas, como deixámos antever na Nota de Rodapé n.º6, existem instrumentos que não são facilmente categorizáveis, fugindo às características liminares ora de endividamento ora de capitalização, e que são denominados de instrumentos híbridos<sup>7</sup>, recebendo o mais das vezes um tratamento de re-caraterização numa ou noutra forma, em cumprimento do princípio da substância sobre a forma. Não cabe, neste trabalho, aprofundar o tratamento a dar aos instrumentos híbridos e aos desencontros (“*hybrid mismatches*”) por eles permitidos quando estão em causa legislações tributárias de Estados diferentes, embora menção não lhes podia deixar de ser feita por constituírem uma parte da manipulação dos encargos com o financiamento dedutíveis num dado Estado, ao que se contrapõe, à partida, um enquadramento como instrumento de capital próprio isento no outro. O tema será adereçado novamente no Capítulo 4 desta dissertação.

Tal como dito atrás, a escolha entre endividamento e capitalização não é despidiçada: ela é influenciada por um conjunto de fatores que analisaremos de seguida do ponto de vista dos benefícios e de adversidades que apresenta o financiamento externo.

---

permitem, mediante entrada imediata de capital na sociedade na data do contrato, a aquisição futura de participações sociais a um preço fixo. Noutro prisma, são exemplos da concretização da opção pelo endividamento o endividamento bancário ou a emissão de obrigações, que podem revestir diversas nomenclaturas, consoante as características que lhes sejam atribuídas relativamente à maturidade, pagamento dos juros, segurança da retorno e pagamento da quantia mutuada. Adicionalmente o *leasing* financeiro (contabilizado na rubrica de ativos financeiros por oposição ao *leasing* operacional que é levado a gasto da atividade da empresa), é visto como uma forma de financiamento conducente à compra do bem locado. Paralelamente existem, nomeadamente, instrumentos que partilham características entre o financiamento e a capitalização, como é o caso das ações preferenciais, em que o facto de não haver uma maturidade definida, os pagamentos aos seus detentores não serem dedutíveis e o seu pagamento estar condicionado ao apuramento de resultados distribuíveis contrabalança com o facto de gerarem um efluxo determinado para a sociedade e de não representarem nenhum tipo de controlo nas decisões da empresa. Adicionalmente, outros existem que permitem a mutação de financiamento para capital como é o caso das *convertible bonds*, instrumentos de financiamento perante entidades terceiras que podem, mediante escolha do seu detentor, ser convertidas em instrumentos de capital social.

<sup>7</sup> Sobre este tema é importante, pela sua atualidade, consultar o Relatório Final da Ação n.º2 do Plano BEPS – Hybrid Mismatches, que discorre sobre a prática de harmonização que a OCDE aconselha a instilar sobre a questão. Em termos doutrinários consulte-se, para uma primeira abordagem à questão, **Dias, Gaspar L.**, “The Concept of Debt-Claim as the Key Distinguishing Factor between Dividend and Interest Income in the OECD Model”, *Derivatives & Financial Instruments*, Vol.17, N.º2, IBFD, 2015; **Kok, Reinout**, “The Classification of Debt and Equity”, *Derivatives & Financial Instruments*, IBFD, 2014; **Bärsch, Sven-Eric, Olbert, Marcel**, “Tax Classification of Debt and Equity and Recent Jurisprudence in Germany”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. n.º 69, N.º9, IBFD, 2015; **Kahlenberg, Christian**, “The Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments”, *in European Taxation*, 2015 e **Mazansky, Ernest**, “Hybrid Debt and Hybrid Equity Instruments and the Interest Limitation Rules in South Africa”, *in Bulletin for International Taxation*, IBFD, 2015

Aponta Damodaran para o seguinte entendimento: *“Debt provides two significant advantages to firms relative to equity. It provides a tax benefit because interest expenses are tax deductible, and for some firms, it can force managers to be more disciplined in their investment choices. These advantages have to be weighed against three costs. Debt increases the risk that a firm will be unable to meet its fixed payments and go bankrupt. As firms borrow money, they increase the potential for conflicts between lenders and equity investors; and firms that borrow money lose some flexibility with regard to future financing.”*<sup>8 9</sup>

Tendo em atenção o panorama fiscal português, e ignorando por momentos quaisquer regras de limitação da dedutibilidade existentes, podemos constatar que os gastos com o financiamento externo (significando, por agora, juros) são considerados uma despesa dedutível, quando decorrentes de financiamentos obtidos nos termos e condições do artigo 23.º do CIRC, para além de serem uma componente tributável na esfera da entidade beneficiária dos mesmos, de acordo com o artigo 17.º e com a alínea c) do número 1 do artigo 20.º do referido diploma, exceto quando abrangidos por regras ou acordos destinados à eliminação da Dupla Tributação ou no âmbito da Diretiva Juros & Royalties. Também os juros suportados com suprimentos – empréstimos feitos pelo sócio à sociedade – são aceites como gastos, contudo até ao limite<sup>10</sup> ditado pela Portaria n.º 279/2014, de 30 de Dezembro<sup>11</sup>. Este é o tratamento mais basilar concedido ao pagamento de juros no ordenamento jurídico-

---

<sup>8</sup> **Damodaran, Aswath**, “Corporate Finance ...” [ob. cit], p.768

<sup>9</sup> Tradução livre: O endividamento permite duas vantagens para a sociedade, em relação à capitalização. Permite um benefício porque os encargos financeiros são dedutíveis e, para algumas empresas, pode forçar os gestores a ser mais disciplinados nas suas escolhas de investimento. Estas vantagens serão pesadas contra três custos. O endividamento aumenta o risco de insolvência de uma empresa. À medida que as empresas pedem dinheiro, aumentam o potencial de conflito entre credores e sócios; e as empresas que recorrem ao endividamento perdem flexibilidade e poder no que respeita a posteriores pedidos de endividamento”.

<sup>10</sup> A Portaria 279/2014 fixa o seguinte regime:

“Artigo único

1 — Para os efeitos previstos na alínea m) do n.º 1 do artigo 23.º-A do Código do IRC, a taxa de juro anual a aplicar ao valor dos suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios à sociedade corresponde à taxa Euribor a 12 meses do dia da constituição da dívida acrescida de um spread de 2 %.

2 — Quando se trate de juros e outras formas de remuneração de suprimentos e empréstimos feitos pelos sócios a pequenas e médias ; empresas, como tal qualificadas nos termos previstos no anexo ao Decreto-Lei n.º 372/2007, de 6 de Novembro, a taxa a que se refere o número anterior corresponde à taxa Euribor a 12 meses do dia da constituição da dívida acrescida de um spread de 6 %.”

<sup>11</sup> Publicada em Diário da República, 1.ª Série, n.º 251

tributário português e vai no sentido que aquele autor afirma de que o endividamento constitui um dos meios de arranjar despesas dedutíveis que reduzam o lucro tributável.

Pelo contrário e em favor do mesmo argumento, os dividendos, via comum de remuneração do capital próprio investido pelos sócios, não são geralmente dedutíveis, além de constituírem, na esfera do beneficiário, a maioria das vezes, uma realidade sujeita a isenção ou atenuação da tributação (entre nós, por via do artigo 51.º CIRC a nível de legislação interna ou, à luz de mecanismos internacionais como a Diretiva Mães-Filhas ou Acordos para evitar a Dupla Tributação. O mesmo acontece, ao abrigo daquele regime, com as mais-valias decorrentes da alienação de participações sociais que preencham os mesmos requisitos<sup>12</sup>.

Já a segunda vantagem identificada pelo autor tem que ver com o impacto que uma estrutura financeira baseada em endividamento externo tem na atuação da gestão de uma empresa, havendo um incremento da responsabilização que impende sobre a administração no cumprimento das obrigações contratuais a que se sujeitou quando contratou o financiamento (que pode, inclusivamente, ser decidido pelos sócios como meio de responsabilizarem os administradores e assim controlarem a evolução da empresa). Esta vantagem tem um cariz eminentemente económico, pelo que não lhe será conferido maior desenvolvimento nesta sede.

O primeiro dos custos indicados por Damodaran relacionados com o endividamento externo encontra-se ligado ao ponto discutido no parágrafo anterior, e tem que ver com a probabilidade de a empresa não ser capaz de cumprir com as suas obrigações de pagamento. Chegada a este ponto, a empresa considera-se em insolvência (“bankruptcy”) e são identificáveis dois tipos de custos relacionados com esta condição: os custos diretos e os custos indiretos da insolvência. Segundo aquele autor, os custos diretos da insolvência são os custos incorridos e pagos durante o processo de insolvência (ex. custos legais, custos administrativos. Os custos indiretos da insolvência caracterizam todo o impacto que esta

---

<sup>12</sup> Os requisitos gerais de aplicação do regime do *Participation Exemption* passam pela detenção de uma participação não inferior a 10%, por um período igual ou superior a um ano, bem como a não transparência e respeito por um limiar mínimo de tributação por parte da entidade distribuidora de lucros / objeto de detenção, ainda como o facto de essa entidade não ser residente em território com um tratamento fiscal preferencial. (Redação do artigo no ano de 2016).

situação tem na atividade da empresa, e tendem a acontecer previamente à declaração de insolvência quando os primeiros sinais de dificuldade no cumprimento das obrigações aparecem, traduzindo-se o mais das vezes na diminuição de receita decorrente do receio que os clientes têm em seguir as relações comerciais com a empresa, nas condições mais intransigentes que os fornecedores passam a aplicar nas trocas comerciais havidas, e também na crescente dificuldade em obter novos financiamentos.

O segundo custo tem que ver com os “custos de agência”, definidos por aquele autor como o custo decorrente do conflito de interesses entre acionistas e credores que, tendo diferentes tipos de créditos e de influência sobre a sociedade, como foi deixado claro atrás, podem apresentar um foco de resolução problemática para os membros da administração, que estarão divididos entre a majoração do valor da sociedade e o cumprimento das indicações societárias advindas dos órgãos estatutários e a gestão que possibilite o cumprimento das obrigações contratuais de financiamento, na salvaguarda dos interesses dos credores financeiros. Estes interesses podem ser, algumas vezes, antagônicos, ao ponto de produzir nos credores financeiros comportamentos de salvaguarda (nomeadamente através do aumento da taxa de juro praticada, ou introduzindo cláusulas que reduzam o risco e que podem significar menos autonomia de investimento para a empresa e perda de oportunidades), reduzindo assim a vantagem competitiva do financiamento.

O terceiro e último custo tem que ver com a redução da flexibilidade que caracterize a empresa, do ponto de vista da possibilidade de angariar outros financiamentos em períodos futuros, que se entenderá menos provável quanto maior for a situação de endividamento da empresa.

Chegados a este ponto, em que foram apresentados sumariamente os meios de obtenção de capital quer junto de entidades externas, quer através de recurso à movimentação do capital próprio da sociedade, e em que foram elencadas as principais vantagens e desvantagens do recurso ao financiamento externo, cumpre deixar uma conclusão – ainda que não seja este o âmbito do trabalho desenvolvido – sobre o ótimo entre o financiamento e a capitalização de uma empresa.

A questão foi inicialmente abordada por dois economistas, Franco Modigliani e Merton Miller<sup>13</sup>, que no seu teorema adotaram pressupostos neutros, ou seja, a inexistência não só de impostos, de custos decorrentes da insolvência e de custos de agência, mas também de quaisquer custos associados quer à obtenção de financiamento quer à escolha pela capitalização. Perante estes dados, resta patente que tanto os benefícios como as desvantagens anteriormente associadas com o financiamento, em relação à capitalização, deixam de existir, pois tanto não existem impostos em relação aos quais o financiamento possa servir como não existem custos adicionais com este meio de obtenção de fundos. Anos mais tarde, os autores revisitaram o seu anterior estudo e, mantendo todos os restantes elementos inalterados, anuíram ao propósito de redução do lucro tributável que o financiamento poderia ter. Neste contexto, o financiamento passou a apresentar apenas benefícios em relação à opção pela capitalização,

O que se pretende retirar deste exemplo, e que já foi constatado por diversos autores – mais uma vez, chama-se à colação Damodaran, por todos – é o seguinte: “*The Miller-Modigliani model makes it clear, that when taxes are introduced into the model, debt does affect value. In fact, introducing both taxes and bankruptcy costs into the model creates a tradeoff, in which the financing mix of a firm affects value (...)*”<sup>14</sup>. Resumidamente, a valia deste exemplo não foi demonstrar a aplicação prática no mundo real da dicotomia entre vantagens e desvantagens do recurso ao financiamento e/ou à capitalização, mas foi sim dar o primeiro passo na elucidação das empresas para a importância dos vários fatores atrás elencados na procura de um ótimo de financiamento, e de como estes podem influenciar o valor da empresa. Leia-se o seguinte parágrafo do Prof. Alfred Storck num artigo que escreveu para o *Bulletin for*

---

<sup>13</sup> Sobre esta posição, leia-se **Modigliani, F, Miller, M.**, “The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment”, in *American Economic Review*, n.º 48, 1958, pp. 261 – 297. Veja-se igualmente: **Bradley, M., Jarril, Gregg A., Kim, E. Fan**, “On the existence of na Optimal Capital Structures: Theory and Evidence”, Vol. 39, 1984 bem como **Meckie-Mason, Jeffrey**, “Do taxes affect corporate financing decisions?”, in *Journal of Finance*, n.º 45, 1990, pp. 1471 – 1494; **Masulis, R.W.**, “The Debt-Equity Choice”, New York, 1988 e, *inter alia*, **Ross, S., Westerfield, R., Jaffe, J., e Jordan, B.**, “*Modern Financial Management*”, 8<sup>th</sup> Edition, Nelw York, 2008, pp. 423 e segs.

<sup>14</sup> Tradução livre: “O modelo Miller-Modigliani comprova que, quando os impostos são contabilizados no modelo, o endividamento afeta o valor [da empresa]. De facto, a introdução dos impostos e dos custos de insolvência apontam na procura de um ótimo, no qual o ótimo escolhido entre tipos de financiamento afetam o valor [da empresa].”

*International Taxation*<sup>15</sup>: “Modigliani and Miller have documented that, in a world without taxes but with symmetric Information and eficiente markets, a company’s value is unaffected by the capital structure, i.e. the debt-to-equity ratio chosen. In a real world with corporate taxes, however, the company value would, as a result of the tax deductibility of interest, be an increasing function of leverage.”<sup>16</sup>. Esta questão em particular, da procura do ótimo de financiamento, é uma questão eminentemente económica e de *corporate finance* à qual este trabalho não se propõe a responder, até porque é uma em relação à qual seria necessário explorar diversos outros conceitos e elencar pressupostos que não cabem no seu âmbito. No entanto, e para concluir este ponto, deve entender-se que a escolha por um ou outro modelo de financiamento varia em função de várias outros estímulos e condições, que podem ir desde a posição da empresa no seu ciclo de vida, meras situações de assimetria informativa e de estímulos de mercado (por parte de empresas no mesmo setor de atividade, a maioria das vezes), entre outros, mas não restam dúvidas que a vantagem decorrente do tratamento contabilístico e sobretudo fiscal dos encargos com o financiamento pode agir como um fator preferencial na procura do ótimo de financiamento, sendo certo que este tratamento deve entender-se na aplicação das regras de dedutibilidade e de restrição a esta presentes num dado sistema fiscal.

Esta vantagem foi, e é ainda hoje, aproveitada por diversas empresas para obter a diminuição da matéria coletável em diversas jurisdições. A dicotomia no tratamento conferido às realidades de financiamento (endividamento externo e capitalização) que se encontram a ser discutidas no âmbito do presente trabalho resultou no desenvolvimento de esquemas de planeamento fiscal – ou inclusivamente de evasão fiscal –, o que motivou vários Estados, primeiramente a nível interno e mais recentemente a um nível internacional, como se adereçará adiante, a dar início ao processo de sindicância da capacidade de dedução conferida às empresas. É disso exemplo a introdução, em 2013, no artigo 67.º do Código do IRC, da

---

<sup>15</sup> **Storck, Alfred**, “The Financing of Multinational Companies and Taxes: Na Overview of the Issues and Suggestions for Solutions and Improvements”, in *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Janeiro 2011, pp. 27 - 41

<sup>16</sup> Tradução livre: “Modigliani e Miller concluíram que, num mundo sem impostos e em que vigora a simetria de informação e a eficiência dos mercados, o valor de uma empresa não é afetado pela estrutura de financiamento, i.e., pela escolha entre endividamento e capitalização. No mundo real em que existem impostos, contudo, o valor de uma empresa seria, em resultado da dedutibilidade dos juros, uma proporção direta do financiamento.

limitação à dedutibilidade dos encargos de financiamento por capital alheio, entretanto modificada em 2014, na legislação portuguesa. Esta previsão normativa vem na senda da norma específica anti-abuso previamente vertida naquela mesma disposição, de título “Subcapitalização”, e procura substituir o antigo regime ali previsto. O objetivo deste trabalho consiste em, descrevendo o regime aplicável, e após contextualização a nível internacional, aferir da valia do mesmo no combate à diminuição da base tributável abusivamente permitida pela dedutibilidade dos gastos com o financiamento.

Cumpre notar que o nosso ordenamento, em consonância com diversos outros regimes, prevê diversas maneiras de combater a evasão fiscal e as operações abusivas: falamos, para estes efeitos, da CGAA, prevista no artigo 38.º da LGT, que estatui pela ineficácia dos atos jurídicos “*essencial ou principalmente dirigidos (...) à redução, eliminação ou diferimento temporal de impostos*” bem como das diversas CEAA, designadamente a regulação sobre Preços de Transferência, de sede no artigo 63.º do CIRC, que prevê a correção dos valores praticados em operações comerciais caso este valor não se encontre legitimado nos termos de análises económicas e caso existam relações especiais entre as empresas, ou no âmbito das CFC, de sua sede no artigo 66.º do CIRC e que prevê, entre outras. No entanto os Estados sentem que uma norma própria que aderece a questão dos encargos com o financiamento é devida, dada a grande possibilidade de evasão fiscal decorrente desta situação.



## Evolução Histórica

Em diversos Estados a nível mundial tem-se observado a substituição das regras de subcapitalização (*thin-capitalization rules*) pelas regras de limitação à dedutibilidade dos encargos líquidos com o financiamiento (*earnings-stripping rules*). Portugal é exemplo dessa evolução, como se denota pela mudança ocorrida em 2014 à redação do artigo 67.º do CIRC.

Cumpre, todavia, ainda que de forma sucinta, entender qual o caminho trilhado pela norma ora em análise e este passa por conhecer a regra que lhe antecedia, a norma especial anti-abuso denominada Subcapitalização.

### Parte I - Subcapitalização

Sob a pena de Maria dos Prazeres Lousa, a Subcapitalização é genericamente entendida como “(...) *um fenómeno que se evidencia pela existência de uma acentuada desproporção entre o capital próprio de uma sociedade e o seu nível de endividamento para com os titulares do capital ou com outras [sociedades] com quem existam relações especiais* (...)”<sup>17</sup>. No entanto, a subcapitalização é uma realidade com várias faces, que apenas para efeitos de simplificação é concentrada em tão poucas linhas.

Numa linha orientadora que já se vinha fazendo sentir contra o combate à elisão e evasão fiscais<sup>18</sup> o Governo emitiu, após autorização legislativa<sup>19</sup>, o DL n.º 5/96 de 29 de janeiro<sup>20</sup>, através do qual procedeu à inserção, no Código do IRC, do artigo 57.º-C, o primeiro regime referente à

---

<sup>17</sup> **Lousa, Maria dos Prazeres**, “As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização”, in CTF, n.º 383, julho-setembro, 1996, p.4

<sup>18</sup> Anteriormente à entrada em vigor da CEAA da Subcapitalização, já tinham sido incluídas no Código do IRC regras relativamente a entidades sedeadas em paraísos fiscais, nomeadamente as regras dos então artigo 57.º-A e 57.º-B do CIRC, de epígrafe, respetivamente, “Pagamentos a entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado” (artigo 65.º CIRC à data da sua revogação pela Lei 2/2014 de 16 de janeiro) e “Imputação de rendimentos de entidades não residentes sujeitas a um regime fiscal privilegiado” (atual artigo 66.º CIRC).

<sup>19</sup> Art.º 28.º/1 da Lei n.º 39-B/94 (OE para 1995)

<sup>20</sup> O Preâmbulo do DL n.º 5/96 indica expressamente: “É reconhecida a necessidade de adopção de regras que evitem uma das práticas hoje correntes na evasão fiscal internacional e que consiste no endividamento excessivo das sociedades em relação a entidades com as quais têm relações especiais, de modo a considerar os juros correspondentes a esse endividamento como dedutíveis para efeitos de determinação do lucro tributável dessas sociedades, utilizando assim de modo abusivo a diferença de tratamento fiscal entre juros e lucros distribuídos”.

subcapitalização. Este regime sofreu algumas alterações complementares<sup>21</sup>; no entanto, na opinião de Paulo Pitta e Cunha e Luís Máximo dos Santos: “ (...) [N]em as alterações de 1996 nem as de 2000 modificaram os aspetos essenciais da caracterização do regime português da subcapitalização”<sup>22</sup>.

Este regime procurava prevenir não só o endividamento excessivo, como também a deslocação artificial de rendimentos para Estados onde as entidades pudessem aproveitar a dicotómica classificação de rendimentos, e almejava-o através da não dedutibilidade dos juros pagos à entidade relacionada quando este fosse considerado excessivo o que ocorria quando ultrapassasse o *coeficiente de endividamento* (n.º 3 do artigo 61.º do CIRC), valor correspondente ao dobro do valor da participação daquela entidade no capital próprio da empresa pagadora.

No entanto, o regime atuava apenas em situações em que o financiamento era contraído por uma sociedade residente junto de uma sociedade não residente<sup>23</sup> o que, como se poderá extrair do ponto seguinte, opôs a redação da norma portuguesa (bem como muitas outras em diversos Estados-Membro da União Europeia) às liberdades entretanto assumidas junto do seio comunitário, e ditou a queda destes regimes contra a subcapitalização.

---

<sup>21</sup> A fim de facilitar a compreensão da evolução da norma, apresentam-se sumariamente abaixo os diplomas que procederam às alterações, bem como o seu conteúdo:

- Lei n.º 10-B/96 de 23 de março (OE para 1997): Acresceu os números 7 e 8 que estabelecem, respetivamente, a cláusula de salvaguarda contra a aplicação do regime mediante a prova de que as condições praticadas na operação de financiamento não distavam daquelas comumente praticadas no mercado à data da realização da mesma com entidades independentes e em condições análogas, e as condições de apresentação de prova dos factos subjacentes à justificação.
- Lei 30-G/2000 de 29 de dezembro (OE para 2001): são efetuadas algumas alterações à redação e à organização do artigo das quais se destaca, pela superior importância, a alteração da definição de “relação especial” de uma abordagem autónoma, para uma abordagem por referência ao artigo 57.º (na altura, a norma incidente sobre Preços de Transferência).
- DL n.º 198/2001 de 3 de julho: revê alguns aspetos de carácter formal, nomeadamente a renumeração do artigo, que passa a constar do artigo 61.º do CIRC.

<sup>22</sup> **Cunha, Paulo de Pitta e, Máximo dos Santos, Luís**, “Sobre a Incompatibilidade com o Direito Comunitário do Regime Fiscal da Subcapitalização”, in *Fisco*, n.º 119/ 121, 2005, p.7.

<sup>23</sup> O número 1 do artigo 57.º-C, cuja redação se manteve intacta no que para este ponto se refere, previa: “Quando o endividamento de um sujeito passivo para com entidade não residente em território português com a qual existam relações especiais (...)”

## **Parte II - Alteração do paradigma – a jurisprudência do TJUE**

A alteração do paradigma assente nas normas de subcapitalização teve como causa primordial, no que respeita particularmente aos Estados-membro da União Europeia, a incongruência em relação às liberdades comunitárias entretanto assumidas e reforçadas pelo Tratado de Maastricht (1992), nomeadamente no que respeita à liberdade de estabelecimento (artigo 43.º do TCE, atual artigo 49.º do TFUE) e à liberdade de prestação de serviços (artigo 49.º do TCE, atual artigo 56.º do TFUE).

Para tal, foi de sobeja importância a jurisprudência do TJCE (atualmente, TJUE) que, ainda que em matéria de fiscalidade direta em princípio a cargo dos Estados-Membro, não se coibiu, depois de ser confrontado pela respetiva questão prejudicial, de proceder à apreciação da conformidade daquele tipo de normativo (Subcapitalização) com as liberdades identificadas anteriormente. Sem querer desrespeitar outras decisões anteriores, foi com o Acórdão *Lankhorst-Hohorst GmbH* de 12 de dezembro de 2002<sup>24</sup> que o TJUE se debruçou diretamente e adereçou definitivamente a questão da compatibilidade dos regimes, traçando o ponto de partida para a alteração dos regimes em apreço.

Este processo teve origem com envio de uma questão prejudicial sobre a compatibilidade do regime alemão da subcapitalização (na altura consagrado no § 8a (1) KStG) e o Princípio da Liberdade de Estabelecimento previsto no artigo 43.º do TCE, questão essa que opunha a sociedade alemã *Lankhorst-Hohorst GmbH* e a Fazenda Tributária alemã<sup>25</sup>.

A norma alemã estabelecia o seguinte: “[a] remuneração do capital externo que uma sociedade de capitais, sujeita a tributação sem qualquer limitação, tenha recebido de um sócio sem direito a crédito de imposto que, no decurso do exercício em causa, tenha detido uma participação substancial no capital social inicial da sociedade, será considerada uma distribuição encoberta de dividendos”<sup>26</sup>. Cumprir-se que a atribuição do crédito de imposto, de acordo com a legislação alemã, não era consentida aos sócios de sociedade de

---

<sup>24</sup> TJUE, Proc. C-324/00, de 12 de dezembro de 2002, disponível em:

<http://curia.europa.eu/juris/document/document.jsf?docid=47587&doclang=PT>

<sup>25</sup> Por razões de ordem prática, remeteremos a matéria de facto para o texto do Acórdão, concentrando-nos na exposição e comentário dos argumentos de Direito que para a presente dissertação relevam.

<sup>26</sup> Tradução obtida em: **Cunha, Paulo de Pitta e, Máximo dos Santos, Luís**, “Sobre a Incompatibilidade com o Direito Comunitário do Regime Fiscal da Subcapitalização”, *in* *Fisco*, n.º 119/ 121, 2005, p.7.

capitais alemãs que fossem não residentes, às pessoas coletivas de direito público e às pessoas coletivas que, ainda que privadas, assumissem objetivos de interesse geral: ora, estava identificada a pedra de toque que iria fazer contundir os ordenamentos em questão com o Direito europeu, algo que no regime português ainda era mais flagrante dada a previsão expressa, na norma do artigo 57.º-C, de que esta apenas se aplicaria a financiamentos obtidos de sócios não residentes. Encontrava-se, pois, consubstanciada uma discriminação por via indireta que fazia com que financiamentos oriundos de sócios não residentes na Alemanha vissem a componente de juros excessiva re-caraterizada como dividendos e tributada concordantemente, ao passo que aos mesmos financiamentos, quando recebidos de sócios residentes na Alemanha, era conferida a integral dedutibilidade dos juros. Deste modo, concluiu o TJCE que a norma alemã comportava um tratamento discriminatório entre sociedades sedeadas na Alemanha, consoante o sócio fosse ou não residente.

No entanto, é reconhecido que “ (...) *as liberdades não definem espaços de protecção absoluta, pelo que uma norma interna que comprima ou limite esses espaços de protecção pode, ainda assim, ser considerada admissível* (...)”<sup>27</sup> desde que sejam cumpridas as seguintes condições:

- Veja a sua necessidade e prossecução de um objetivo legítimo e compatível com o TCE comprovados;
- Seja justificada por razões imperiosas de interesse público;
- Seja adequada para garantir a realização do objetivo em causa; e,
- Obedeça a uma ideia de proporcionalidade.

No que às “*razões imperiosas de interesse público*” diz respeito, foi argumentado pela Administração Tributária alemã e por outros países europeus, e inclusivamente pela Comissão Europeia, que a norma seguia o imperioso desígnio do combate à evasão fiscal e que para objetivo se devia considerar necessária, adequada e legítima. O TJCE não foi da mesma opinião, tendo considerado, inicial mas liminarmente, que a redução de receitas fiscais não constituía uma razão interesse geral capaz de justificar uma medida contrária às liberdades

---

<sup>27</sup> **Nogueira, João Félix Pinto**, “Direito fiscal europeu: o paradigma da proporcionalidade: a proporcionalidade como critério central da compatibilidade de normas tributárias internas com as liberdades fundamentais”, Coimbra Editora, p. 236.

comunitárias; adicionalmente, constatou que a necessidade e adequação da norma alemã estavam inquinadas e não cumpriam objetivamente o seu intuito de combate a esquemas puramente artificiais dirigidos à transferência de rendimentos para Estados com legislações fiscais mais favoráveis, antes aplicando-se indiscriminadamente a qualquer sociedade não residente que financiasse uma subsidiária alemã. Sem um critério que a permitisse descortinar entre operações efetivamente abusivas de outras economicamente justificadas à luz das condições de mercado correntes, a regra alemã não era adequada a prosseguir o propósito que a Administração Fiscal alemã e outras lhe imputavam, concluindo o TJCE pela improcedência do argumento.

Seguidamente, o Tribunal debateu-se com um segundo argumento esgrimido pelas administrações fiscais, referente à coerência dos sistemas fiscais e em como a norma alemã do §8ª (1) do KStG atuava nesse sentido. No entanto, o TJCE firmara já jurisprudencialmente os critérios necessários para que uma norma pudesse ser considerada desconforme às liberdades europeias mas ainda assim mantida, e os argumentos alemães não foram suficientes para convencer o TJCE<sup>28</sup> desde já, uma vez que a desvantagem fiscal associada à regra alemã (restrição à dedutibilidade dos encargos com o financiamento) não era contrabalançada com qualquer benefício que apontasse na direção de um tratamento coerente pelo sistema fiscal.

Finalmente, foi ainda esgrimido pela administração fiscal alemã que a norma seria imprescindível para a realização e eficácia dos controlos fiscais mas, atento o considerando expendido em relação ao primeiro argumento e a falta de fundamentação por parte das autoridades alemãs, este argumento foi considerado liminarmente improcedente.

Tendo estes sido os pontos fulcrais da decisão do TJCE no caso *Lankhorst-Hohorst Gmb*, através deles aquele Tribunal encetou uma resposta definitiva à questão da compatibilidade dos regimes de subcapitalização com as liberdades europeias, denunciando a clara violação da

---

<sup>28</sup> Os critérios identificados pelo TJCE são:

- A verificação de uma ligação direta entre o benefício concedido ao sujeito passivo e a respetiva desvantagem fiscal;
- Que o benefício e a desvantagem se reportassem ao mesmo imposto;
- Que ambos se reportassem, igualmente, ao mesmo contribuinte;
- A não atuação de uma CDT tutelando a relação subjacente.

liberdade de estabelecimento, e com isto originou um movimento de renovação destes regimes em diversos Estados-membro da União Europeia, tal como aconteceu em Portugal.

De seguida deve trazer-se à colação uma outra decisão do TJCE que veio no seguimento da anteriormente referida, seguindo a mesma linha de raciocínio. Reportamo-nos à decisão no caso *Thin Cap Group Litigation*<sup>29</sup> e dela destacamos que além de o Tribunal recuperar o entendimento de que qualquer regra de subcapitalização deverá procurar combater, se não cirurgicamente, o mais objetivamente possível os esquemas artificiais de subtração à incidência tributária, ela deve sempre cumprir com dois requisitos (que eventualmente até são decorrentes daquele entendimento): em primeiro lugar, é necessário que uma norma daquele género preveja uma cláusula de salvaguarda, i.e., que preveja a possibilidade de os sujeitos passivos justificarem os termos da operação (neste caso, de financiamento, como sendo a taxa de juro praticada, o montante do endividamento, entre outros) à luz dos parâmetros comerciais vigentes; em segundo lugar, o Tribunal afirmou que, aquando da requalificação dos juros pagos em lucros distribuídos, esta deveria ser feita tendo em atenção a proporção de juros que teria sido acordada caso o empréstimo tivesse sido celebrado entre entidades independentes, em respeito pelo aproveitamento das operações, alicerçadas no princípio da livre concorrência.

Nesta decisão, o TJUE analisou a compatibilidade das normas de subcapitalização inglesas com a liberdade europeia de estabelecimento<sup>30</sup> e concluiu o seguinte: “(...) *[W]hen interest was paid by a resident company in respect of a loan granted by a related non-resident company, the tax position of the former company was less advantageous than that of a resident borrowing company which had been granted a loan by a related resident company. Therefore, the Court ruled that the mere fact that a resident company which was established in another Member State could not be the basis of a general presumption of abusive practices*

---

<sup>29</sup> TJUE, Proc. C-524/04 de 13 de março de 2007, disponível em

<http://curia.europa.eu/juris/showPdf.jsf?jsessionid=9ea7d0f130d506fc2c895e804a42a313e5a6ccbec154.e34KaxiLc3eQc40LaxqMbN4OchmNe0?text=&docid=62137&pageIndex=0&doclang=en&mode=lst&dir=&occ=first&part=1&cid=1305446>

<sup>30</sup> O TJUE considerou que quaisquer contundências com as liberdades europeias de prestação de serviços (Art.º 49.º do TJCE, à data dos factos) e de movimentos de capitais (então, Art.º 56.º do TJCE) tinham origem no incumprimento com a liberdade de estabelecimento – veja-se parágrafos 27 e 33 a 35 da decisão em análise em que são citadas as seguintes decisões para fundamento desta posição: Processo C-251/98, Caso Baars, de 2000; Processo C-436/00, Caso *X and Y*, de 2002; Processo C-36/02, Caso Omega, de 2004; Processo C-196/04, Caso *Cadbury Schweppes* e *Cadbury Schweppes Overseas*, de 2006; Processo C-446/04, Caso *Test Claimants in the FII Group Litigation*, de 2006 e Processo C-452/04, Caso *Fidium Finanz*, de 2006.

*and justify a measure which compromised the exercise of a fundamental freedom guaranteed by the EC Treaty.”.*

As normas de subcapitalização visam, claramente também neste sistema jurídico, a preservação dos lucros tributários naquela jurisdição, opondo-se à redução da matéria coletável por via da dedutibilidade dos encargos financeiros, procurando igualmente evitar que o endividamento das empresas seja desmedido. Tal como definido pelo TJUE na decisão em análise: “[T]he national provisions regarding thin capitalisation provide that, in some circumstances, interest paid by a company to another company belonging to the same group in respect of a loan granted by the latter is to be treated as a distribution, thereby prohibiting the borrowing company from deducting the interest paid from its taxable profits.”<sup>31</sup>

Em particular, e no que à decisão diz respeito, o TJUE constatou que a legislação inglesa comportara diferentes fases no que concerne ao enquadramento tributário da questão de pagamento de juros:

- anteriormente a 1995 (estando em vigor o *Corporation Tax Act* 1988 (ICTA) sem as alterações futuramente referidas), da secção 209(2)(d) daquele normativo quedava patente a aplicação da re-caraterização do pagamento de juros em dividendos, e consequente tributação nos termos da *advance corporation tax (ACT)* decorrente da secção 14, quando aquele montante constituía uma remuneração excessiva face a condições de mercado praticadas entre entidades não relacionadas, sendo todavia de aplicação imediata e desprovida de critério quando o pagamento era feito a uma entidade não residente que detivesse uma participação superior a 75% na subsidiária inglesa (segundo a normas da Secção 209(2)(e)(iv) e (v) do ICTA<sup>32</sup>;
- de 1995 a 1998, a legislação inglesa passou a fazer referência ao Princípio do Arm’s Length (na secção 209(2)(da) que substituiu a Secção 209(2)(e)(iv) e (v) do ICTA) e aos correspondentes métodos de análise para fixação do padrão de juro aceite face a condições de mercado. Todavia a regra não se aplicava no caso de ambas as entidades

---

<sup>31</sup> Tradução livre: “As regras nacionais relativamente a subcapitalização estatuem que, perante certas circunstâncias, os juros pagos por uma empresa a outra empresa que pertença ao mesmo grupo no âmbito de um financiamento concedido por esta última devem ser tratados como uma distribuição [de dividendos], dessa forma impedido a empresa mutuária de deduzir os juros ao seu lucro tributário”.

<sup>32</sup> A regra era precluída, contudo, sempre que se aplicasse um

se encontrarem sujeitas a tributação no Reino Unido, nos termos da Secção 212(1) e (3) daquele Código;

- finalmente, entre 1998 e 2004, ao abrigo do artigo 28.º -A aditado pelo *Finance Act 1998*, os juros passaram a ser re-caraterizados quando incorridos entre entidades do mesmo grupo, no âmbito de transações que comportassem condições diversas do que aquelas que seriam adotadas caso as entidades não fossem relacionadas (mantendo a referência ao padrão anterior ditado pela regra dos Preços de Transferência) e sempre que dessas mesmas condições resultasse uma potencial vantagem perante a legislação inglesa, a qual se considerava não existir, entre outras situações, quando ambas as partes estivessem sujeitas àquela legislação. Apenas em 2004 aquela regra foi modificadas no sentido de aplicar-se igualmente aos casos em que ambos os intervenientes na transação financeira estivessem sedeados no Reino Unido.

Tendo como base variados casos que estavam a ser decididos no *High Court of Justice of England and Wales* submetidos por grupos multinacionais no seguimento da decisão do caso *Lankhorst-Hohorst* (2002) a requerer a restituição e/ou compensação de imposto pago em excesso por aplicação da norma considerada desconforme ao direito europeu naquela decisão<sup>33</sup>, o TJUE considerou que estava em causa não uma questão de combate à dupla tributação – como fez crer o Reino Unido em sua defesa baseada numa compensação do tratamento vantajoso para a entidade mutuante conferido pelos ADT firmados pelo Reino Unido com outras jurisdições (veja-se parágrafos 46 a 48 para opinião do Reino Unido e do Estado alemão, e parágrafos 49 a 56 para resposta do TJUE) – mas uma questão de alocação de competência tributária e de salvaguarda da base tributária por parte do Reino Unido, unilateralmente decidida por este Estado.

De igual modo, foi avançado pelo Reino Unido que o tratamento diferente conferido às situações em que a sociedade mutuante se encontrava ora naquele Estado, ora noutro, estariam justificados pelo facto de os financiamentos entre entidades no mesmo território não representarem tanto problema em relação à dedutibilidade com os financiamentos quanto a as

---

<sup>33</sup> Todos os casos têm em comum a detenção em mais de 75% de uma subsidiária inglesa por uma entidade não residente no Reino Unido, bem como a existência de um financiamento concedido pela entidade detentora das participações sociais ou por uma entidade terceira, também ela não residente, detida em mais de 75% por aquela sociedade.



situações multinacionais, por via das quais os grupos internacionais aproveitavam de estratégias de alocação de gastos e de rendimentos em ordenamentos com taxas, respetivamente, mais altas e mais baixas. A este argumento o Tribunal respondeu que, ainda que se confirmasse a veracidade daquela assunção, tal não justificava que fosse conferido um tratamento discriminatório baseado na residência da entidade mutuante, uma vez que este seria sempre considerado desconforme com a legislação europeia e os princípios basilares em que a mesma assenta (ver Parágrafos 57 a 63 da decisão sob análise).

O Reino Unido, apoiado pelo Estado alemão, avançou ainda a necessidade de preservação da coesão do sistema tributário nacional como justificação para as regras nacionais acima descritas, à luz das decisões nos processos *Bachmann*<sup>34</sup> e *Commission v Belgium*<sup>35</sup>. O TJUE veio afirmar que, ainda que aquela coesão pudesse ser justificada pelo tratamento preferencial dado à entidade mutuante por via dos ADT aplicáveis, a que o Reino Unido queria obviar, em termos abstratos, não foi feita prova da criação de uma vantagem fiscal no Estado da entidade mutuante que justificasse o correspondente ajustamento nos lucros tributários da entidade mutuária, por via do não reconhecimento dos juros e sua consequente tributação.

À semelhança do que foi avançado no caso anterior, também no âmbito desta decisão o Reino Unido tentou justificar as normas nacionais à luz do princípio da proporcionalidade e de como este abalizava uma atuação necessária, adequada e proporcional no combate a práticas abusivas, nomeadamente na adoção de expedientes artificiais desenhados para evitar a tributação e que inclusivamente apenas operavam na parte em que o montante praticado excedesse condições de mercado praticadas. O TJUE vem concordar quanto ao axioma de que uma regra nacional pode contrariar a liberdade de estabelecimento quando vise o combate a expedientes artificiais (“*wholly artificial arrangements*”) – é o que decorre das decisões *Lankhorst-Hohorst*, *Marks & Spencer* e *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*<sup>36</sup>. No entanto, logo no parágrafo seguinte<sup>37</sup>, o TJUE indica que o mero facto de um financiamento ser concedido por uma entidade não pode representar o uma presunção

---

<sup>34</sup> Processo C-204/90, de 1992

<sup>35</sup> Processo C-300/90, de 1992

<sup>36</sup> Cfr. Parágrafo 72 da decisão em análise.

<sup>37</sup> Cfr. Parágrafo 73 da decisão em análise.

genérica de que se está perante um expediente artificial para efeitos de exclusão à incidência da norma tributária<sup>38</sup> Na verdade, o TJUE recorre ao parágrafo 55 da decisão *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas* para afirmar: “*In order for a restriction on the freedom of establishment to be justified on the ground of prevention of abusive practices, the specific objective of such a restriction must be to prevent conduct involving the creation of wholly artificial arrangements which do not reflect economic reality, with a view to escaping the tax normally due on the profits generated by activities carried out on national territory*”<sup>39</sup> (Parágrafo 74 da decisão em análise). Na visão do tribunal, e ainda que a legislação do Reino Unido contribua adequadamente para evitar práticas de subcapitalização – no sentido de que obsta contra o endividamento de uma sociedade, por oposição ao seu financiamento através de capital próprio, com o intuito único de diminuir a base tributável – fá-lo de modo desproporcional ao requerido, englobando todas as situações em que a entidade mutuante tem a sua sede estatutária num país terceiro. O Tribunal acrescenta que, não fosse esse o caso, a consideração de elementos objetivos baseada na comparação com os valores praticados numa ótica de mercado poderia justificar a discriminação; contudo, esta teria sempre que ser salvaguardada por duas ressalvas: não só teria que ser dada sempre uma oportunidade ao Contribuinte de provar a razoabilidade dos valores praticados, como o montante re-caracterizado e consequentemente tributado deverá corresponder ao excesso dos valores praticados face ao ótimo de mercado evidenciado.

Em face do resumo discorrido acima que o TJUE também identificou, concluiu este tribunal que as normas inglesas baseavam a diferença no tratamento da dedutibilidade de encargos financeiros de subsidiárias inglesas no local da sede da entidade-mãe, veiculando assim uma restrição à liberdade de estabelecimento daquela entidade que não era compatível com a liberdade de Estabelecimento, não tendo ficado provadas nenhuma das condições que subjazem à aceitabilidade daquela restrição.

---

<sup>38</sup> O TJUE assenta este corolário nas seguintes decisões: Processo C-478/98, Caso *Commission v Belgium*, de 2000; Caso *X and Y*; Processo C-334/02, Caso *Commission v France*, de 2004; e Caso *Cadbury Schweppes and Cadbury Schweppes Overseas*.

<sup>39</sup> Tradução livre: “Para que uma restrição à liberdade de estabelecimento seja justificada com base na prevenção de práticas abusivas, o objetivo específico dessa restrição deve ser a prevenção de condutas que envolvam a criação de expedientes artificiais (*wholly artificial arrangements*) que não reflitam a realidade económica, e que tenham como objetivo escapar à tributação normalmente ocorrente e incidente sobre os lucros realizados num dado território”.

Sumariza o tribunal da seguinte forma: *“The answer to Questions 1 and 3 must therefore be that Article 43 EC precludes legislation of a Member State which restricts the ability of a resident company to deduct, for tax purposes, interest on loan finance granted by a direct or indirect parent company which is resident in another Member State or by a company which is resident in another Member State and is controlled by such a parent company, without imposing that restriction on a resident company which has been granted loan finance by a company which is also resident, unless, first, that legislation provides for a consideration of objective and verifiable elements which make it possible to identify the existence of a purely artificial arrangement, entered into for tax reasons alone, and allows taxpayers to produce, if appropriate and without being subject to undue administrative constraints, evidence as to the commercial justification for the transaction in question and, secondly, where it is established that such an arrangement exists, such legislation treats that interest as a distribution only in so far as it exceeds what would have been agreed upon at arm's length.”*<sup>40</sup>.

Foram ainda abordadas outras questões de menor relevo para o tema aqui em apreço, nomeadamente aplicabilidade da legislação a situações de diferenças no local de registo da sede estatutária da entidade mutuante (aplicação da legislação europeia em situações relacionadas com Estados Não-Membros da União Europeia) e, bem assim, situações de caracterização das ações propostas ao nível dos tribunais nacionais, que não importa desenvolver nesta sede ou da aplicação de limitações temporais no efeito da decisão jurisprudencial.

Embora a decisão anteriormente apresentada tenha tido uma conclusão positiva para o Contribuinte, a corrente jurisprudencial do TJUE tem feito uma análise individualizada das

---

<sup>40</sup> Tradução livre: “A resposta às questões 1 e 3 deve ser no sentido de que o Artigo 43.º do TCE preclui qualquer legislação de um Estado Membro que restrinja a capacidade de uma sociedade residente deduzir, para efeitos fiscais, os juros com financiamentos concedidos por uma entidade detentora de capital direta ou indiretamente que seja residente noutro Estado Membro ou por uma entidade sediada noutro Estado que seja detida por uma entidade-mãe que cumpra aqueles termos, quando não imponha a mesma restrição a uma entidade residente que receba o mesmo financiamento de uma entidade que seja também residente, a não ser que, em primeiro lugar, a legislação preveja a análise de elementos objetivos e comprováveis que consubstanciem a existência de um expediente artificial (*purely artificial arrangement*), que tenha sido concluído com objetivos puramente fiscais e que a legislação permita aos Contribuintes, em casos apropriados e sem grande onerosidade, produzir prova quando á justificabilidade comercial da transação financeira; em segundo lugar, na medida em que se conclua pela existência do expediente artificial, tal legislação re-caracterize o juro em dividendo apenas na medida em que o primeiro exceda aquele que seria pago caso condições de mercado tivessem sido verificadas.

questões que lhe são apresentadas, demonstrando coerência na interpretação dos conceitos supra referidos.

Neste sentido, noutra decisão mais recente do TJUE, foram também analisados os pressupostos básicos de aplicação de restrições a caso de financiamentos concedidos entre entidades relacionadas. Falamos, para estes efeitos, do Processo C-311/08, Caso SGI – *Société de Gestion Industrielle SA v. État Belge*, de 21 de janeiro de 2010, no seio do qual se analisaram algumas disposições do *Code des impôts sur le revenu* (Código do imposto sobre o rendimento) em comparação com a liberdade de estabelecimento prevista no Tratado da União Europeia. Entre aquelas disposições estava o artigo 26.º daquele Código que comina o acréscimo ao lucro tributável de uma entidade de quaisquer montantes atribuídos a título de vantagens excecionais ou gratuitas, quando não utilizadas para a fixação do lucro tributável da entidade recetora. A par desta disposição, o artigo 227.º daquela legislação fixa que sempre serão adicionados aos lucros aquelas quantias, quando as operações sejam incursas entre entidades interdependentes, quando a entidade beneficiadora não tenha sede na Bélgica. Para o que nesta sede respeita, é basilar saber que a SGI, uma SGPS sedeadada na Bélgica, detendo 65% da subsidiária Recydem, uma sociedade anónima com sede estatutária em França, com poderes de direção sobre esta, concede-lhe um financiamento sem correspondente pagamento de juros: do tribunal nacional belga donde parte a questão prejudicial discute-se o acréscimo de juros não pago, calculados segundo uma taxa nominal de 5%, imposto pelas autoridades tributárias belgas em correções às liquidações de imposto dos anos 2001 e 2002<sup>41</sup>.

O TJUE identifica a questão prejudicial como sendo a compatibilidade de um regime que se aplica de modo diverso consoante as transações económicas sejam realizadas entre entidades residentes ou, por outro lado, envolvam residentes e não residentes na Bélgica, com a liberdade de estabelecimento (artigos 43.º e 48.º do TCE) e a liberdade de circulação de capitais (art.º 56.º e seguintes do TCE). Concluiu aquele tribunal, nos parágrafos 42 a 44 que, indubitavelmente, o regime belga, por se aplicar de forma distinta quando a realidade económica envolve, ou não, apenas residentes na Bélgica, constitui uma restrição ao princípio da liberdade de estabelecimento. O Estado belga, apoiado pelo Estado alemão, defendem que

---

<sup>41</sup> A decisão em análise versa ainda sobre outra questão (remunerações de membro de direção da SGI), sobre a qual não traremos foco nesta sede.

não existe qualquer restrição ao princípio enunciado, afirmando que: *[T]he Belgian tax authorities do not impose any form of additional taxation in cross-border situations. Since they have no power to tax the income of a recipient company established in another Member State, they tax the unusual or gratuitous advantage in the hands of the resident company which granted it. That Government points out that tax is payable on that kind of advantage in domestic situations, not by the resident company which granted the advantage but by the recipient resident company. It is therefore doubtful whether the legislation at issue in the main proceedings has a restrictive effect.*”<sup>42</sup> (ver parágrafo 49 da decisão sob análise)”.

É somente a partir do parágrafo 56 que o Tribunal começa a discorrer sobre a justificabilidade do regime belga e sua articulação com as liberdades comunitárias identificadas acima. Neste parágrafo, o Tribunal começa por afirmar: *“According to established case-law, a measure which is liable to hinder the freedom of establishment enshrined in Article 43 EC is permissible only if it pursues a legitimate objective compatible with the Treaty and is justified by overriding reasons in the public interest. It is also necessary, in such a case, that its application be appropriate to ensuring the attainment of the objective thus pursued and not go beyond what is necessary to attain it (...)*”<sup>43 44</sup>

Destarte, a primeira questão analisada centra-se em saber se o objetivo avançado pelos governos belga e alemão de evitar a elisão e evasão fiscais por via da diminuição artificial da base tributável e transferência de lucros para jurisdições de menor tributação quando, adicionalmente, são praticadas condições vantajosas face àquelas que seriam aplicadas em

---

<sup>42</sup> Tradução livre: “As autoridades belgas não impõem qualquer forma adicional de tributação às situações transfronteiriças. Uma vez que não possuem qualquer competência tributária relativamente ao rendimento percebido pela entidade não residente, tributam a atribuição de vantagens excepcionais e gratuitas na esfera da empresa residente que a concedeu. Aquele Governo [governo alemão] acrescenta ainda que o imposto é pago, inclusivamente nas situações integralmente domésticas, não pela entidade que atribuiu a vantagem, mas pelo beneficiário da mesma, também ele residente. Neste sentido, é duvidoso que a legislação em análise possua um efeito restritivo.”.

<sup>43</sup> Tradução livre: De acordo com jurisprudência recorrente deste tribunal, uma medida considerada violadora da liberdade de estabelecimento vertida no artigo 43.º do TCE será permitida apenas se prosseguir um outro objetivo legítimo compatível com o Tratado e for justificada por razões fortes de interesse público. Também será necessário, em tal caso, que a sua aplicação seja apropriada para assegurar a prossecução de tal objetivo, sem ir além do necessário para o concretizar (...). ”.

<sup>44</sup> Neste parágrafo é feita referência às seguintes decisões jurisprudenciais: Processo C-250/95, Caso *Futura Participations and Singer*, de 1997; Processo C-9/02, Caso *Lasteyrie du Saillant*, de 2004; Caso *Marks & Spencer* e Processo C-105/07, Caso *Lammers & Van Cleeff*, de 2008

cumprimento das normais condições de mercado, pode justificar a manutenção do regime em análise. O tribunal reconhece, apoiando-se em outras decisões jurisprudenciais<sup>45</sup>, que a justificação de manutenção de uma equilibrada distribuição de competências de tributação entre Estados ganha defensabilidade quando as regras aplicadas estão desenhadas de forma a obviar a condutas capazes de pôr em perigo a competência de um Estado em tributar atividades realizadas no seu território, podendo ser necessário aplicar às atividades económicas de certas empresas realizadas num Estado-Membro as regras desse Estado tanto em relação aos gastos como aos rendimentos por elas originados (cfr. parágrafos 60 e 61 da decisão em análise). Em relação à situação em apreço, o Tribunal é muito claro ao referir que: *“To give companies the right to elect to have their losses or profits taken into account in the Member State in which they are established or in another Member State could seriously undermine a balanced allocation of the power to impose taxes between the Member States, since the tax base would be increased in one of the States in question, and reduced in the other, by the amount of the losses or profits transferred (...)”*<sup>46</sup> (cfr. Parágrafo 62 da decisão e parágrafo 63 a 65 para desenvolvimentos).

Adicionalmente, e no que respeita ainda ao objetivo de combate à evasão fiscal, à norma nacional apenas será concedida justificabilidade se esta for desenhada para adereçar expedientes artificiais (*wholly artificial arrangements*) o que se verificou no caso, uma vez que a atribuição de vantagens económicas era excecional e gratuita – excecional, no sentido definido na decisão, de ser contrária ao normal curso dos eventos, contrária a regras e práticas comerciais; gratuita, uma vez que a sua concessão não representa o cumprimento de nenhuma obrigação ou que nenhuma conexão com a atividade seja apresentada (cfr. parágrafo 59). O receio do tribunal será que, através de expedientes artificiais, *“(...) [I]ncome transfers may be organised within companies having a relationship of interdependence towards those established in Member States applying the lowest rates of taxation or in Member States in*

---

<sup>45</sup> Cfr. Processo C-231/05, Caso *Oy AA*, de 2007; Processo C-414/06, Caso *Lidl Belgium*, de 2008

<sup>46</sup> Tradução livre: “Permitir às empresas escolher onde tributar os seus proveitos e os seus gastos, considerando o Estado Membro onde estarão sedeadas ou outro Estado Membro poderia seriamente viciar a alocação equilibrada da competência tributária entre Estados Membro, uma vez que a base tributável seria aumentada num Estado e reduzida no outro, de acordo com a quantia de proveitos ou de gastos transferida (...)”.

*which such income is not taxed (...)*<sup>47</sup> (cfr. Parágrafo 67 da decisão apresentada). De acordo com a posição adotada pelo Tribunal, uma legislação interna que, constituindo uma restrição à liberdade de estabelecimento como a legislação em análise, ainda assim atente à necessidade de alocação da competência tributária entre Estados Membro e ao combate à evasão fiscal, prossegue objetivos compatíveis com o Tratado e está abrangida por razões válidas de acordo com os princípios europeus.

A última referência feita pelo Tribunal centra-se no respeito pela proporcionalidade que caracterize (ou não) a dita legislação, e que serve como último bastião do rigor e da conformidade do regime interno. Para efeitos deste teste, o Tribunal sustenta a seguinte opinião: *“National legislation (...) is to be regarded as not going beyond what is necessary to attain the objectives relating to the need to maintain the balanced allocation of the power to tax between the Member States and to prevent tax avoidance where, first, (...) the taxpayer is given an opportunity, without being subject to undue administrative constraints, to provide evidence of any commercial justification that there may have been for that transaction (...); Second, where the consideration of such elements leads to the conclusion that the transaction in question goes beyond what the companies concerned would have agreed under fully competitive conditions, the corrective tax measure must be confined to the part which exceeds what would have been agreed if the companies did not have a relationship of interdependence.”*<sup>48</sup>. (cfr parágrafos 71 e 72 da decisão em análise).

O TJUE conclui, nesta decisão, pela conformidade de uma legislação nacional de um Estado Membro em relação aos princípios e lei europeus segundo o qual uma entidade residente é tributada pela atribuição de vantagens excepcionais e gratuitas a entidades residentes noutro Estado Membro, quando o mesmo regime não é aplicável entre entidades residentes.

---

<sup>47</sup> Tradução livre: “Transferências de rendimentos sejam organizadas entre empresas que tenham uma relação de interdependência, de umas para aquelas que estejam estabelecidas em Estados Membros que apliquem taxas de tributação de rendimentos mais baixas ou que isentem aqueles rendimentos”.

<sup>48</sup> Tradução livre: “Uma legislação nacional (...) deve ser considerada como não indo além do necessário para atingir os objetivos de alocação equilibrada da competência tributária e para prevenção de evasão fiscal sempre que: em primeiro lugar (...) ao contribuinte seja garantida a oportunidade, sem sujeição a encargos administrativos demasiado onerosos, de apresentar prova de razões comerciais válidas que possam subjazer à operação comercial; (...) em segundo lugar, e sempre que os elementos concretos atestem a distorção de padrões de mercado competitivos comumente aplicáveis, que as medidas fiscais corretivas sejam confinadas à parte que exceda o que teria sido acordado entre as partes caso não existisse entre as mesmas uma relação de interdependência.”.

Finalmente, foi dito que cabia ao tribunal *a quo* garantir que a legislação em questão não ia para além do necessário e do proporcional para dar cumprimento aos objetivos prosseguidos pelo legislador.

Após a leitura destas duas decisões do TJUE vislumbra-se uma coerência na jurisprudência emanada daquele órgão judicial europeu no sentido de aceitar medidas que à primeira vista possam parecer discriminatórias e limitadoras do princípio da liberdade de estabelecimento, desde que a sua justificação seja apresentada com base em motivos de combate à evasão fiscal e à manutenção de um equilíbrio na competência tributária dos Estados e maximização da abrangência tributária sobre atividades realizadas no território dos Estados, desde que sempre seja respeitado o princípio da proporcionalidade na aplicação das normas.

No equacionar da nova limitação à dedutibilidade, foi já importante terem sido reconhecidas outras decisões jurisprudenciais do TJUE que consideramos serem importantes para o caso em apreço, mas que por razões de economia, não detalharemos tanto como as anteriores, que versavam diretamente sobre o tema. As decisões a que pretendo brevemente aludir neste momento são amplamente reconhecidas (refiro-me aos casos *Marks and Spencer*, *Cadbury Schweppes* e *Cadbury Schweppes Overseas*) que individualizo neste parágrafo para chamar a atenção relativamente à sua importância na definição da estrutura do Princípio da Proporcionalidade, quando aplicado em matéria de tributação direta pelo TJUE. Com a decisão no acórdão *Marks and Spencer*, o teste da Proporcionalidade foi pela primeira vez entendido como grelha de aferição da medida restritiva adotada pelos Estados, no sentido de atuar como crivo à prossecução dos objetivos prosseguidos pelas normas nacionais, de um modo que, sendo necessário, fosse adequado e proporcional aos mesmos, ou seja, não ultrapassando o necessário para atingir os objetivos. Reclama-se nestas decisões uma vertente do Princípio da Proporcionalidade encarada como proporcionalidade estrita, no sentido de ponderação dos objetivos prosseguidos pela norma analisada pelo Tribunal em relação à restrição às liberdades europeias.

No ordenamento jurídico português, a decisão no âmbito do caso *Lankhorst-Hohorst* veio desnudar completamente a incompatibilidade entre a regra nacional (na altura, vigente nos termos do artigo 61.º do CIRC) e a liberdade de estabelecimento europeia, tanto mais quanto a nossa norma era clara na discriminação entre sociedades financiadoras residentes e não residentes. Efetivamente, a nossa norma padecia do mesmo óbice que a congénere alemã: a falta de critério que orientava a sua atuação não lhe permitia distinguir entre sociedades que entravam em relações



de financiamento com o objetivo puramente artificial de elidir a tributação daquelas a cujas operações subjazem razões económicas válidas.

Na mesma situação que Portugal e a Alemanha encontraram-se inúmeros outros países, todos sujeitos à possibilidade de verem interposta uma ação por incumprimento nos termos do artigo 226.º TCE (atual, artigo 258.º TFUE). Neste contexto, os Estados foram deixados perante a adoção de uma de três soluções:

- Abdicar inteiramente da regulação referente à subcapitalização, o que implicaria retomar um vazio legal facilmente aproveitável pelas empresas, principalmente multinacionais;
- Adaptar o regime da subcapitalização igualmente às operações de financiamento internas – foi o que fizeram a Alemanha e o Reino Unido;
- Manter a norma, mas adaptá-la a eventuais acordos com entidades credores residentes noutro Estado Membro;
- Repensar a norma de acordo com as liberdades comunitárias.

À semelhança de Espanha, Portugal optou por coadunar o seu regime com as exigências comunitárias de forma mais direta e, através da Lei n.º 60-A/2005 de 30 de dezembro (OE para 2006), procedeu a alterações nos números 1, 2 e 6 do artigo 61.º do Código do IRC, no sentido de excluir da aplicação da norma as entidades não residentes em Estados membro, mantendo apenas a incidência sobre entidades não residentes em países terceiros.

Ao olhar para a evolução histórica sofrida pela norma entende-se pacificamente que a desconformidade com as liberdades comunitárias cerceou consideravelmente a aplicação da norma da subcapitalização, abrindo caminhos dentro da União Europeia para que as sociedades se posicionassem de modo a aproveitar a dedutibilidade dos juros numa jurisdição e a eventual tributação favorável dos dividendos distribuídos noutra, e assim contribuir para a manutenção da questão da erosão da base tributável, ao menos num contexto europeu.

Tendo demorado a alguns Estados mais do que outros, por todos foi sentida a necessidade de reequacionar o sistema de dedutibilidade de juros e foi essa necessidade que tem vindo a espoletar nos vários ordenamentos o rastilho da mudança de paradigma no que toca à limitação da dedutibilidade dos encargos com o financiamento.

Mais recentemente, como promotora de um estímulo internacional holístico, a OCDE formula no Relatório Final da Ação n.º 4 no âmbito do Plano BEPS, nomeadamente no seu Anexo D –

Exemplo 1<sup>49</sup> a sua opinião sobre a aplicação de normas de subcapitalização. Nele é formulado o entendimento de que os testes para definir o nível de endividamento baseados em rácios de subcapitalização (rácio entre endividamento e o capital próprio), por mais fácil que seja a sua aplicação e a obtenção de informação relevante pelas autoridades tributárias, não apresentam uma solução favorável, dada a facilidade com que podem ser adulterados pelos contribuintes (nomeadamente, através do aumento do capital próprio das empresas).

### **Parte III – Gastos de financiamento líquidos**

A primeira alusão à limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento no plano legislativo, enquanto regime próprio, deu-se com a Proposta n.º 103-XII de 15 de outubro de 2012, relativa ao OE para 2013. Com ela era avançada uma nova redação relativa ao artigo 67.º do CIRC, a qual veio a ser aprovada nos seguintes termos<sup>50</sup>:

*“Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento*

*1 – Os gastos de financiamento líquidos são dedutíveis até à concorrência do maior dos seguintes valores:*

- a) € 3.000.000; ou*
- b) 30% do resultado antes de depreciações, gastos de financiamento líquidos ou impostos.*

*2 – Os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis nos termos do número anterior podem ainda ser considerados na determinação do lucro tributável de um ou mais dos cinco períodos de tributação posteriores, conjuntamente com os gastos financeiros desse mesmo período, observando-se as limitações previstas no número anterior.*

*3 – Sempre que o montante dos gastos de financiamento deduzidos seja inferior a 30% do resultado antes de depreciações, gastos de financiamento líquidos e impostos, a parte não utilizada deste limite acresce ao montante máximo dedutível, nos termos da mesma disposição, em cada um dos cinco períodos de tributação posteriores, até à sua integral utilização.*

*4 - No caso de entidades tributadas no âmbito do regime especial de tributação de grupos de sociedades, o disposto no presente artigo é aplicável a cada uma das sociedades do grupo.*

*5 - O disposto no presente artigo aplica-se aos estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, com as necessárias adaptações.*

---

<sup>49</sup> OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>, p. 93

<sup>50</sup> Cfr. Artigo 191.º da Lei 66-B/2012 de 31 de dezembro (Orçamento de Estado para 2013).

*6 - Sempre que o período de tributação tenha duração inferior a um ano, o limite previsto na alínea a) do n.º 1 é determinado proporcionalmente ao número de meses desse período de tributação.*

*7 - O disposto no presente artigo não se aplica às entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal e do Instituto de Seguros de Portugal, nem às sucursais em Portugal de instituições de crédito e outras instituições financeiras ou empresas de seguros com sede em outro Estado-Membro da União Europeia.*

*8 - Para efeitos do presente artigo, consideram-se gastos de financiamento líquidos as importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios, designadamente juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos a curto e longo prazo, juros de obrigações e outros títulos assimilados, amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos, amortizações de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos, encargos financeiros relativos a locações financeiras, bem como as diferenças de câmbio provenientes de empréstimos em moeda estrangeira, deduzidos dos rendimentos de idêntica natureza.*

A par da nova redação do artigo 67.º do CIRC conferida pelo OE 2013 foi também previsto, no n.º 2 do artigo 192.º deste diploma, um regime transitório que conformava a entrada em vigor deste regime, estipulando:

*“2 - Nos períodos de tributação iniciados entre 2013 e 2017, o limite referido na alínea b) no n.º1 do artigo 67.º do Código do IRC, sem prejuízo do limite máximo dedutível previsto no n.º3 do mesmo artigo, é de 70% em 2013, 60% em 2014, 50% em 2015, 40% em 2016 e 30% em 2017.”*

Este regime permite obviar à tendência para o endividamento junto de terceiras entidades, ao mesmo tempo que atrai para o Estado receitas tributárias – ainda que estas possam ser diluídas em intensidade e no tempo, dada a formulação do regime transitório exposto acima. Nas palavras do Relatório que acompanhou o Orçamento de Estado para 2013<sup>51</sup>, inseridas no ‘Vetor I – Consolidação Orçamental e Equidade’ do ‘Capítulo II.3.2 Medidas do Lado do Aumento da Receita’, ficou expresso que: *“No IRC as medidas propostas destinam-se também a exigir às empresas com maiores recursos um esforço acrescido na consolidação orçamental, protegendo assim as pequenas e médias empresas que constituem a base do tecido empresarial português (...) De forma a promover a redução do endividamento excessivo da economia e a mitigar a histórica propensão do sistema fiscal para privilegiar o financiamento da atividade económica através de dívida, é criado, para substituir o atual*

---

<sup>51</sup> Disponível em [http://www.portugal.gov.pt/media/736269/oe2013\\_rel.pdf](http://www.portugal.gov.pt/media/736269/oe2013_rel.pdf), cfr. p.65

*regime de subcapitalização, um novo regime de limitação da dedutibilidade dos gastos de financiamento. Este regime, na medida em que salvaguarda da sua aplicação os gastos de financiamento líquidos inferiores a 3 M€, abrange apenas as grandes empresas que apresentem necessidades de financiamento consideradas excessivas, impondo, de uma forma gradual, um esforço de reajustamento por via da sua recapitalização.”.* Aliado ao esforço de alargamento da base tributável do imposto (que se vinha fazendo sentir em relação inversa à redução da taxa nominal de IRC), o legislador português pretendeu, com a introdução do regime da (não) dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos, privilegiar a capitalização das empresas através dos detentores de participações sociais, cuidando de salvar as pequenas e médias empresas, não parecendo ser o combate à fraude e evasões fiscais o principal objetivo prosseguido pelo regime, como aliás se denota pela inserção sistemática da medida naquele Relatório anexo ao Orçamento de Estado para 2013, integrando o Vetor 1 – Consolidação Orçamental e Equidade e não o Vetor 2 – Reforço do Combate à Fraude e Evasão Fiscais.

Em 2014, com a Lei n.º 2/2014 de 16 de janeiro, que republicou o Código do IRC, uma nova redação foi dada ao artigo, nos termos que abaixo se transcrevem:

*“Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento*

*1(\*)- Os gastos de financiamento líquidos concorrem para a determinação do lucro tributável até ao maior dos seguintes limites:*

*a) (euro) 1 000 000; ou*

*b) 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos.*

*2(\*)- Os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis nos termos do número anterior podem ainda ser considerados na determinação do lucro tributável de um ou mais dos cinco períodos de tributação posteriores, após os gastos de financiamento líquidos desse mesmo período, observando-se as limitações previstas no número anterior.*

*3(\*)- Sempre que o montante dos gastos de financiamento deduzidos seja inferior a 30 % do resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos, a parte não utilizada deste limite acresce ao montante máximo dedutível, nos termos da alínea b) do n.º 1, até ao 5.º período de tributação posterior.*

*4(\*)- Para efeito do disposto nos n.os 2 e 3, consideram-se em primeiro lugar os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis e a parte não utilizada do limite referido no número anterior que tenham sido apurados há mais tempo.*

5(\*)- Nos casos em que exista um grupo de sociedades sujeito ao regime especial previsto no artigo 69.º, a sociedade dominante pode optar, para efeitos da determinação do lucro tributável do grupo, pela aplicação do disposto no presente artigo aos gastos de financiamento líquidos do grupo nos seguintes termos:

a\*) O limite para a dedutibilidade ao lucro tributável do grupo corresponde ao valor previsto na alínea a) do n.º 1, independentemente do número de sociedades pertencentes ao grupo ou, quando superior, ao previsto na alínea b) do mesmo número, calculado com base no resultado consolidado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos, relativo à totalidade das sociedades que o compõem; (Redação da Decl. de Retificação n.º 18/2014, de 13 de março)

b\*) Os gastos de financiamento líquidos de sociedades do grupo relativos aos períodos de tributação anteriores à aplicação do regime e ainda não deduzidos apenas podem ser considerados, nos termos do n.º 2, até ao limite previsto no n.º 1 correspondente à sociedade a que respeitem, calculado individualmente;

c\*) A parte do limite não utilizado, a que se refere o n.º 3, por sociedades do grupo em períodos de tributação anteriores à aplicação do regime apenas pode ser acrescido nos termos daquele número ao montante máximo dedutível dos gastos de financiamento líquidos da sociedade a que respeitem, calculado individualmente;

d\*) Os gastos de financiamento líquidos de sociedades do grupo, bem como a parte do limite não utilizado a que se refere o n.º 3, relativos aos períodos de tributação em que seja aplicável o regime, só podem ser utilizados pelo grupo, independentemente da saída de uma ou mais sociedades do grupo.

6(\*)- A opção da sociedade dominante prevista no número anterior deve ser mantida por um período mínimo de três anos, a contar da data em que se inicia a sua aplicação.

7(\*)- A opção mencionada no n.º 5 deve ser comunicada à Autoridade Tributária e Aduaneira através do envio, por transmissão eletrónica de dados, da declaração prevista no artigo 118.º, até ao fim do 3.º mês do período de tributação em que se pretende iniciar a respetiva aplicação.

8(\*)- O previsto nos n.os 2 e 3 deixa de ser aplicável quando se verificar, à data do termo do período de tributação em que é efetuada a dedução ou acrescido o limite que, em relação àquele a que respeitam os gastos de financiamento líquidos ou a parte do limite não utilizada, se verificou a alteração da titularidade de mais de 50 % do capital social ou da maioria dos direitos de voto do sujeito passivo, salvo no caso de ser aplicável o disposto no n.º 9 do artigo 52.º ou obtida autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças em caso de reconhecido interesse económico, mediante requerimento a apresentar na Autoridade Tributária e Aduaneira, no prazo previsto no n.º 14 do artigo 52.º

9 - O disposto no presente artigo aplica-se aos estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, com as necessárias adaptações.

*10 - Sempre que o período de tributação tenha duração inferior a um ano, o limite previsto na alínea a) do n.º 1 é determinado proporcionalmente ao número de meses desse período de tributação.*

*11(\*)- O disposto no presente artigo não se aplica às entidades sujeitas à supervisão do Banco de Portugal e do Instituto de Seguros de Portugal, às sucursais em Portugal de instituições de crédito e outras instituições financeiras ou empresas de seguros, e às sociedades de titularização de créditos constituídas nos termos do Decreto-Lei n.º 453/99, de 5 de novembro.*

*12 - Para efeitos do presente artigo, consideram-se gastos de financiamento líquidos as importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios, designadamente juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos a curto e longo prazos, juros de obrigações e outros títulos assimilados, amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos, amortizações de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos, encargos financeiros relativos a locações financeiras, bem como as diferenças de câmbio provenientes de empréstimos em moeda estrangeira, deduzidos dos rendimentos de idêntica natureza.*

*13(\*)- Para efeitos do presente artigo, o resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos é o apurado na contabilidade, corrigido de:*

*a) Ganhos e perdas resultantes de alterações de justo valor que não concorram para a determinação do lucro tributável;*

*b) Imparidades e reversões de investimentos não depreciáveis ou amortizáveis;*

*c) Ganhos e perdas resultantes da aplicação do método da equivalência patrimonial ou, no caso de empreendimentos conjuntos que sejam sujeitos passivos de IRC, do método de consolidação proporcional;*

*d) Rendimentos ou gastos relativos a partes de capital às quais seja aplicável o regime previsto nos artigos 51.º e 51.º-C;*

*e) Rendimentos ou gastos imputáveis a estabelecimento estável situado fora do território português relativamente ao qual seja exercida a opção prevista no n.º 1 do artigo 54.º-A;*

*f) A contribuição extraordinária sobre o setor energético.”*

A mudança operada pela nova lei andou, principalmente, no sentido da clarificação do conceito e da concretização do método de apuramento dos gastos de financiamento líquidos. Nesse sentido passou a prever-se, no número 13, o conceito de EBITDA fiscal, fundamentalmente reconduzível ao resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos apurado na contabilidade (EBITDA contabilístico), corrigido de várias realidades: a remoção destas realidades pretende, precisamente, fazer com que o EBITDA fiscal apurado *a final* não encerre realidades que, por via da não-aceitação em termos fiscais realizado anualmente na declaração de rendimento Modelo 22, não venham

empolar o EBITDA e permitir a dedutibilidade de mais encargos do que aqueles que encontram reflexo na tributação dos rendimentos – quer o legislador, neste ponto, garantir a ligação entre os encargos financeiros, a sua (não) dedutibilidade, e o rendimento operacional (não) tributado de cada empresa.

A par destas importantes alterações, as quais serão adereçadas com maior profundidade em altura própria, foram realizadas as seguintes, das quais se destaca:

- Redução do limite fixo de dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos de €3.000.000 para €1.000.000;
- Concretização dos moldes de dedutibilidade aquando da existência de grupo de sociedades.

A limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros prevista na ótica do grupo passou a ser possível na medida em que, a sociedade dominante passa a poder optar, para efeitos da determinação do lucro tributável do grupo, pela aplicação do disposto no artigo 67º aos gastos de financiamento líquidos do grupo, desde que mantenha essa opção até ao fim do terceiro mês do período de tributação e, bem assim, respeite os seguintes termos:

- O limite geral absoluto abaixo do qual será permitida a integral dedutibilidade dos encargos financeiros continua a ser € 1 milhão, independentemente do número de sociedades pertencentes ao Grupo, sendo o limite percentual indexado a 30% do EBITDA, calculado com base no EBITDA consolidado;
- O reporte de gastos de financiamento líquidos excessivos e a utilização de folgas originadas de períodos anteriores, quando provenientes de períodos de tributação em que não vigorasse o RETGS, deverão ser utilizados com base nos cálculos de cada empresa individualmente;
- Por fim, o reporte de gastos e a utilização de folgas apuradas no âmbito da vigência do RETGS apenas podem ser utilizados no seio do mesmo, sendo perdidos caso alguma sociedade abandone o perímetro do grupo.

Tendo a maior intervenção no artigo e regime em apreço sido efetuadas em 2014, nos moldes anteriormente apresentados, cumpre apenas dar nota das alterações introduzidas, a nível legal,

pelo Orçamento de Estado para 2015<sup>52</sup> aos n.ºs 5, alínea a) e 8, conforme abaixo se indica. Esta alteração visa fundamentalmente orientar o apuramento do EBITDA do grupo, que passa em 2015 a ser calculado com base na soma algébrica dos EBITDA's apurados pelas sociedades que compõem o grupo de tributação.

*“Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento*

*(...)*

*5(\*)- Nos casos em que exista um grupo de sociedades sujeito ao regime especial previsto no artigo 69.º, a sociedade dominante pode optar, para efeitos da determinação do lucro tributável do grupo, pela aplicação do disposto no presente artigo aos gastos de financiamento líquidos do grupo nos seguintes termos:*

*a) O limite para a dedutibilidade ao lucro tributável do grupo corresponde ao valor previsto na alínea a) do n.º 1, independentemente do número de sociedades pertencentes ao grupo ou, quando superior, ao previsto na alínea b) do mesmo número, calculado com base na soma algébrica dos resultados antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos apurados nos termos deste artigo pelas sociedades que o compõem; (Redação da Lei n.º 82-C/2014, de 31 de dezembro)*

*(...)*

*8 - O previsto nos n.os 2 e 3 deixa de ser aplicável quando se verificar, à data do termo do período de tributação em que é efetuada a dedução ou acrescido o limite, que, em relação àquele a que respeitam os gastos de financiamento líquidos ou a parte do limite não utilizada, se verificou a alteração da titularidade de mais de 50 % do capital social ou da maioria dos direitos de voto do sujeito passivo, salvo no caso de ser aplicável o disposto no n.º 9 do artigo 52.º ou de ser obtida autorização do membro do Governo responsável pela área das finanças em caso de reconhecido interesse económico, mediante requerimento a apresentar na Autoridade Tributária e Aduaneira, nos prazos previstos nos n.os 13 e 14 do artigo 52.º, consoante os casos. (Redação da Lei n.º 82-C/2014, de 31 de dezembro) (...).”*

---

<sup>52</sup> Cfr. Lei n.º 82-C/2014 de 31 de dezembro (Orçamento de Estado para 2015).



## Resenha explicativa do regime

Conforme decorre do exposto acima, o artigo 67.º sofreu já uma grande transformação ao longo do tempo, sempre com o objetivo de combater a utilização fiscalmente abusiva de mecanismos relacionados com o financiamento.

Atualmente, a redação do artigo aponta-nos na conformação legal que se passará a desenvolver de seguida.

O regime da limitação aos gastos líquidos com o financiamento prevê a não aceitação, como gasto dedutível do período, de encargos com o financiamento que ultrapassem ou a razão de 30% do EBITDA (50% em 2015, 40% ainda em 2016 e 30% em 2017 e períodos subsequentes) ou o valor absoluto de € 1.000.000,00 (um milhão de Euros);

Devem, portanto, acrescer-se os montantes excedentários àqueles valores na Declaração de Rendimentos Modelo 22, a entregar anualmente até 31 de maio por todas as entidades sujeitas ao cumprimento das obrigações previstas no CIRC<sup>53</sup>, no campo 748 – “Limitação à dedutibilidade de gastos de financiamento líquidos”.

Este montante poderá, no entanto, ser recuperado até ao quinto período de tributação posterior àquele em que é acrescido (ex: acréscimo em 2015 possibilita a dedução até 2020), devendo no entanto ser respeitados os mesmos limites que vigoram anualmente por via do regime transitório associado ao número 1 da disposição em análise. É o que estatui o número 2 daquela disposição.

Neste caso, o montante dos GFL que possa ser deduzido em anos posteriores deve ser deduzido no campo 795 das Declarações de Rendimentos Modelo 22 dos anos em que se efetive a possibilidade de dedução, no valor que corresponder ao montante deduzido em cada ano.

Do número 4 do artigo 67.º decorre que devem ser considerados, para efeitos do número 2, os “(...) *gastos de financiamento líquidos não dedutíveis (...) apurados há mais tempo.*”: daqui

---

<sup>53</sup> Nos termos dos n.ºs 1 e 2 do artigo 120.º do Código do IRC, a transmissão eletrónica de dados da declaração periódica de rendimentos deve ocorrer “(...) *até ao último dia do mês de Maio, independentemente de esse dia ser útil ou não útil.*” ou “*até ao último dia do 5.º mês seguinte à data do termo [do] período de tributação diferente do ano civil*”, quando seja essa a situação aplicável.

poderíamos ser levados a pensar que os GFL de um ano mais recuado teriam prevalência sobre os próprios gastos financeiros de um período posterior, encontrando sempre integral dedução, e perpetuando um desfasamento temporal da dedutibilidade dos gastos. Ora, tal seria um entorse demasiado artificial ao Princípio da Tributação pelo Lucro Real e da Periodização dos exercícios (respetivamente presentes nos artigos 103.º da Constituição da República Portuguesa e 18.º do CIRC), tanto que andou o legislador, na redação do número 2 do artigo 67.º, a salvaguardar que a dedutibilidade de encargos com o financiamento de anos anteriores apenas podem ser deduzidos “(...) *após os gastos de financiamento líquidos desse mesmo período, observando-se as limitações previstas no número anterior.*” não quedando dúvidas de que os gastos de financiamento líquidos não dedutíveis nos termos do número 1 num ano N estarão limitados a ser recuperados apenas no montante que reste da subtração dos gastos incorridos em N+1 à percentagem do EBITDA vigente para N+1 ou ao valor de € 1.000.000.

Entendemos assim que decorre da interpretação mais correta deste artigo e da conjugação dos seus números 2 e 4 que o montante de encargos líquidos com o financiamento que extravase de anos anteriores, e apenas o montante que extravase, deve ser considerado segundo a sua antiguidade, tendo sempre que ser dada primazia à aceitação dos gastos originariamente incorridos em cada período de tributação.

Por outro lado, caso o montante de gastos com o financiamento, num determinado ano fiscal, não atinja 30% do EBITDA<sup>54</sup>, esta folga criada pela diferença positiva entre a percentagem do EBITDA e o valor de gastos efetivamente incorrido poderá ser adicionada ao valor de percentagem-limite a ter em consideração até ao quinto período de tributação posterior,

---

<sup>54</sup> Este valor consiste numa percentagem fixa, e não por referência à alínea b) do número 1 do artigo 67.º, pelo que nesta sede deve ignorar-se o regime transitório previsto para a sua aplicação: tal decorre do n.º 7 do artigo 12.º da Lei n.º 12/2014 que salvaguarda o “*limite máximo dedutível previsto no n.º 3 do mesmo artigo*”. Apenas podemos descortinar uma razão para que tal aconteça: o Princípio da Capacidade Contributiva. Enquanto que permitir a dedutibilidade dos gastos efetivamente incorridos mas que ultrapassaram o limite legal é ainda uma decorrência daquele princípio e do seu corolário da tributação pelo lucro real, a permissão de acumulação de folgas não contribui para a recriação de uma situação de justiça tributária marcante, uma vez que decorre apenas do não atingimento dos limites estabelecidos legalmente. Seguramente que a sua inexistência contundiria com o Princípio da Igualdade entre agentes tributários, pois sairia beneficiado o agente que incorresse em GFL de valor igual a, pelo menos, o valor do limite imposto; contudo, fazer variar a percentagem da folga com a percentagem EBITDA prevista no regime transitório não encontra respaldo nem procura salvaguardar qualquer instância do Princípio da Capacidade Contributiva, configurando-se como um benefício concedido pela lei que, enquanto tal, não obtendo previsão expressa na lei, não deverá ser assumido. Vigora, assim, com toda a valência a nosso ver, o valor de 30% (percentagem fixa) para efeitos do número 3 do artigo 67.º.

aumentando assim a capacidade dedutiva da empresa num ano em que possivelmente incorra em gastos superiores.

Tal como referido anteriormente, a redação do artigo aponta para uma aplicação sistemática deste número, tornando-se necessário recorrer à interpretação integrada dos números 3 e 4. Ora, todavia, o número 3 não inclui, ao contrário do seu congénere n.º2, uma expressão a dar primazia aos “(...) *gastos de financiamento desse mesmo período* (...)”, sendo para nós bastante claro, porque outra solução não teria cabimento em face da letra da lei, que da aplicação do artigo se consubstancia a aplicação do método de reporte conhecido pelo acrónimo FIFO – *First in, First out*, através do qual é dada primazia à dedutibilidade das folgas apuradas com maior antiguidade.

No entanto esta possibilidade de reporte, quer dos encargos excedentários com o financiamento, quer da folga originada pela diferença positiva entre limite e GFL efetivamente incorridos é desautorizada perante situações em que se verifique, no final do período de tributação a que respeitam os GFL ou a parte do limite não utilizada, uma alteração da titularidade do sujeito passivo em mais de 50%, ou da maioria dos direitos de voto na sua estrutura.

O referido no parágrafo anterior apenas é obstado em duas situações: em primeiro lugar, em caso de desconsideração conceptual de alterações que possam ocorrer na estrutura societária, estando estas tipificadas nas diversas alíneas do n.º 9 do artigo 52.º do CIRC, a saber:

- Alterações das quais resulte a passagem da titularidade do capital social ou dos direitos de voto de participação direta para indireta, ou de indireta para direta;
- Alterações das quais resulte a transmissão da titularidade entre sociedades cuja maioria do capital social ou dos direitos de voto seja detida direta ou indiretamente nos termos do n.º 6 do artigo 69.º (multiplicação sucessiva das percentagens de participação e dos direitos de voto em cada um dos níveis), por uma mesma entidade;
- Alterações decorrentes de operações efetuadas ao abrigo do regime especial de neutralidade aplicável às fusões, cisões, entradas de ativos e permutas de partes sociais, previsto no artigo 73.º do CIRC, ou seja, os gastos de financiamento líquidos das sociedades fundidas por estas não deduzidos, bem como a parte não utilizada do limite a que se refere o n.º 3 do artigo 67.º, podem ser considerados na determinação do lucro tributável da sociedade beneficiária numa operação de fusão a que seja aplicado o

regime especial de neutralidade fiscal, até ao termo do prazo de que dispunham as sociedades fundidas, de acordo com o disposto nos n.º 2 e 3 do artigo 67.º;

- Alterações decorrentes de sucessões por morte;
- Alterações em que o adquirente detenha previa e ininterruptamente, direta ou indiretamente, mais de 20% do capital social ou da maioria dos direitos de votos da sociedade desde o início do período de tributação a que dizem respeito os GFL;
- Alterações, em caso de o adquirente ser trabalhador ou membro dos órgãos sociais da sociedade, pelo menos desde o início do período de tributação a que os GFL respeitarem.

Em segundo lugar, é possível primar-se pela manutenção do reporte quer dos encargos financeiros não deduzidos, quer da folga de limite não utilizada, em situações de alteração da titularidade ou dos direitos de voto conforme descritas atrás, mediante solicitação e obtenção de autorização para tal, por via de requerimento enviado ao membro do Governo responsável pela área das Finanças dentro de 30 dias a contar da data da alteração, justificando e requerendo o reconhecimento do interesse económico na operação de que decorre(m) a(s) alteração(/ões).

Após uma visão genérica do funcionamento do mecanismo associado à dedutibilidade dos gastos com o financiamento, cumpre conduzir algumas precisões de aplicação do regime:

Assim, decorre da lei que ele vê subtraídas à sua incidência as entidades sujeitas a supervisão do Banco de Portugal e do Instituto de Seguros de Portugal, bem como estabelecimentos estáveis em Portugal de instituições de crédito, seguros ou de outras instituições financeiras, e ainda sociedades de titularização de créditos constituídas nos termos do DL n.º 453/99 de 5 de novembro.

Daqui se entende, com razão, que as entidades dos setores bancário e segurador estejam fora do âmbito de incidência do presente regime, uma vez que este não é indicada aplicar-se a entidades cujos rendimentos e gastos estejam principalmente relacionados com os gastos limitados pelo regime em análise.

Pelo contrário, o regime “(...) *aplica-se aos estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, com as necessárias adaptações.*”, sendo estas adaptações as decorrentes da individualização quer dos GFL incorridos pelo próprio EE, quer, quando possível, dos

rendimentos gerados por consequência dos financiamentos contraídos por este (em relação aos quais estão a ser pagos os encargos). A Circular 7/2013 de 19 de agosto, a qual será abordada em profundidade mais à frente, explicita mesmo que o regime se aplica aos GFL e ao conceito de EBITDA “(...) *correspondentes à atividade imputável a esse estabelecimento estável.*”

Por outro lado, nos casos em que, pelas razões previstas no número 4 do artigo 8.º, o regime de tributação seja inferior a 1 ano, apela-se à regra da divisão mensal, e a ela sujeita-se o valor absoluto fixado na alínea a) do número 1 do artigo 67.º CIRC, passando a atuar como limite absoluto um valor que corresponda ao número de meses do período de tributação em 12 aplicado ao limiar de € 1.000.000<sup>55</sup>.

Do parágrafo anterior pode levantar-se uma questão importante no que toca à aplicação do artigo 67.º do CIRC, na parte dos diferimentos de gastos reportáveis de períodos anteriores: deve permitir-se, no que respeita ao número 2 daquela norma, que sejam verificadas as “(...) *limitações previstas no número anterior.*”, nomeadamente o valor limite absoluto de € 1.000.000 previsto na alínea a), ou deve dar-se provimento ao disposto no número 10 e determinar-se proporcionalmente o limite ali previsto de acordo com o número de meses do período de tributação.

Apesar de o número 2 apontar para a aplicação das limitações previstas no número 1, e de poder equacionar-se uma dedução de excesso de GFL reportada de períodos anteriores (ainda que inferiores a 1 ano) até à concorrência de € 1.000.000, a interpretação sistemática e integrada do artigo e a própria lógica da dedução faseada subjacente ao regime do diferimento pode impelir-nos a considerar a interpretação desta norma à luz do número 6. A tal não ocorrer, poderiam criar-se situações em que o gasto deduzido no ano N+1 (posto que os GFL desse ano ficassem aquém do limite) fosse superior ao período de tributação inferior a um ano de N. Queremos com isto dizer que, se no período de tributação N com a duração de 6 meses, apenas foram dedutíveis € 500.000 e acrescidos € 3.000.000 que continuam para o período seguinte, no período anual de N+1, em que vigora um limite de € 1.000.000 (se maior do que a percentagem do EBITDA) e apenas foram realizados € 200.000 de GFL, a folga existente

---

<sup>55</sup> A título de exemplo, num período de tributação que tenha 9 meses, deverá ser considerado um valor absoluto de limite à dedutibilidade dos encargos com o financiamento de € 750.000 (setecentos e cinquenta mil euros)

em N+1 poderá equivaler a € 1.000.000, mas apenas poderão ser deduzidos mais € 500.000 de acordo com o limite de dedutibilidade existente no ano de realização dos GFL correspondentes. Esta seria, sem dúvida, uma situação em que valeria a pena obter uma clarificação por parte dos serviços tributários.

Ao contrário do que se coloca no regime do diferimento, no regime de reporte de quantias não utilizadas não se coloca a questão da diferença na duração dos diversos períodos de tributação, uma vez que a indexação da folga é feita em função da percentagem do EBITDA, independentemente do período de tributação.

### ***Resenha explicativa do regime (cont.): grupos societários***

O artigo 67.º do CIRC prevê ainda a possibilidade de a sociedade dominante de um grupo societário optar pela aplicação da limitação aos gastos líquidos com o financiamento nos termos do artigo referido, para efeitos de determinação do lucro tributável do grupo.

Assim, nos termos da alínea a) do número 5, na redação vigente atualmente, *“O limite para a dedutibilidade ao lucro tributável do grupo corresponderá ao valor previsto na alínea a) do número 1, independentemente do número de sociedades pertencentes ao grupo ou, quando superior, ao previsto na alínea b) do mesmo número, calculado com base na soma algébrica dos EBITDAs apurados nos termos deste artigo, pelas sociedades que o compõem.”* Este é já de si um ponto fulcral na análise deste regime, porquanto a alínea a) sofreu alterações por via do OE para 2015, tendo sido substituído o cômputo dos EBITDAs de acordo com a consolidação do EBITDA de todas as empresas que compunham o grupo societário pela fórmula da soma algébrica daqueles mesmos montantes.

No que toca aos GFL ainda não deduzidos, originados em períodos de tributação anteriores ao da entrada de uma sociedade no RETGS, a alínea b) do número 5 prevê que *“(…) apenas podem ser considerados, nos termos do número 2, até ao limite previsto no n.º 1, correspondente à sociedade a que respeitam, calculado individualmente”*: quer isto dizer que podem ser deduzidos já na vigência do RETGS até à concorrência do limite individual da sociedade que os gerou. No entanto, esta redação dá a entender que, ao contrário do que nos levaria a discorrer da aplicação da regra do número 4 do artigo 67.º, não se aplica aqui o método do *First in, First out* aludido acima, devendo ser considerados em primeiro lugar os encargos respeitantes ao período de tributação presente, e só depois incluídos até ao limite individual os GFL não deduzidos em anos anteriores, sob pena de, uma vez passado o período

de reporte, esses montantes não deduzidos não poderem mais ser aproveitados como gastos da atividade.

A mesma ideia deve ser seguida para o reporte da folga utilizável originada em períodos de tributação anteriores à formação ou inclusão no RETGS (30% do EBITDA, independentemente do regime transitório) que, nos termos da alínea c) do número 5, deve permitir alargar o limite da sociedade que as gerou, não aproveitando às demais do grupo nem posteriormente à soma aritmética do EBITDA das sociedades do grupo.

Finalmente, à luz da alínea d) do número 5 da mesma norma, quer GFL excedentários, quer folgas na limitação gerados na vigência do RETGS, “(...) *só podem ser utilizados pelo grupo, independentemente da saída de uma ou mais sociedades do grupo*”. Quer isto dizer que, mantendo-se o prazo previsto de 5 anos, desde o momento em que tenham sido gerados tais “excedentes” ou tais “folgas”, para reporte dos valores computados, estes valores podem ser tidos em conta no cálculo dos gastos líquidos com o financiamento que sejam dedutíveis ao nível do grupo, até ao momento em que caduquem.

A título de conclusão sobre a aplicação do regime da limitação da dedutibilidade em caso de grupos societários, é preciso notar-se que a tomada de posição pelo apuramento dos GFL a nível do grupo conforme descrita deve ser mantida por um período mínimo de 3 anos a contar da data em que se inicie a sua aplicação, além de ter que ser comunicada à Autoridade Tributária e Aduaneira através do envio, por transmissão eletrónica de dados, da declaração de alteração do registo, até ao final do terceiro mês do período de tributação em que se pretende iniciar a respetiva aplicação.

Tendo-se suscitado dúvidas sobre a interpretação e aplicação a conceder ao artigo 67.º do CIRC foi, logo em 2013, emitida uma Circular em que se explicitaram alguns dos temas de maior relevo. A apresentação desta Circular tem relevância nesta sede de apresentação genérica do regime, como também manterá acuidade em outros capítulos deste trabalho.

### ***Circular 7/2013 de 19 de agosto***

Em jeito de apresentação do quadro legal que enforma a aplicação da temática subjacente, revela-se de importância fulcral introduzir desde já a Circular 7/2013 de 19 de agosto (sancionada por Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais de 2 de agosto de 2013) a qual, pese embora as diversas alusões que a ela serão feitas ao longo da presente tese, cumpre de momento apresentar sumariamente.

No fundo, o que aquele diploma faz é concretizar os conceitos adjacentes ao conceito-chave de *gastos de financiamento líquidos*, abordando a natureza dos encargos que concorrem para o preenchimento daquele conceito, bem como densificar algumas regras de cumprimento da norma legal que lhe subjaz.

Deste modo, e para complementar a resenha explicativa que já foi feita acerca do artigo 67.º do CIRC, será efetuado um sumário das adições levadas a cabo pela Circular, sendo que nos socorreremos da base legislativa sempre que tal se mostre necessário<sup>56</sup>.

Neste sentido, a Circular começa por identificar as entidades que não estão sujeitas ao regime da limitação à dedutibilidade dos GFL, elencando em maior pormenor o que artigo 67.º do CIRC, no seu número 11, já abordava. Assim, encontram-se subtraídas à incidência deste regime:

- As instituições de crédito, sociedades financeiras e outras entidades legalmente sujeitas à supervisão do Banco de Portugal, nos termos da lei orgânica do Banco de Portugal, aprovada pela Lei n.º 5/98 de 31 de janeiro, ao regime do geral das instituições de crédito e sociedades financeiras aprovado pelo Decreto-Lei n.º 298/92 de 31 de dezembro e ao regime jurídico relativo ao acesso à atividade das instituições de pagamento e à prestação de serviços de pagamento, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 317/2009 de 30 de outubro;
- As seguradoras, resseguradoras, fundos de pensões e respetivas entidades gestoras e empresas de mediação de seguros sujeitas à supervisão do Instituto de Seguros de Portugal nos termos dos respetivos estatutos, aprovados pelo Decreto-Lei n.º 289/2001

---

<sup>56</sup> Não poderá ser feita, todavia, e com grande pena, uma análise de todas as realidades apresentadas no âmbito da Circular sob análise, pois para tal ser necessário convocar interpretações de direito bancário e de economia que extravasam as considerações a que este trabalho se propõe.



de 13 de novembro, ao regime jurídico de acesso e exercício da atividade seguradora e resseguradora, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 94-B/98 de 17 de abril e ao regime jurídico da constituição e funcionamento dos fundos de pensões e respetivas entidades gestoras, aprovado pelo Decreto-Lei n.º 12/2006, de 20 de janeiro;

- As sucursais em Portugal de instituições de crédito, outras instituições financeiras ou de empresas de seguros com sede em outro Estado Membro da União Europeia.

De seguida, a Circular passa a clarificar o conceito de gastos de financiamento líquidos, introduzindo um elenco de realidades que a ele se subsumem.

Atendendo ao número 8 do art.º 67.º CIRC, na versão conferida em 2013 e ainda em vigor atualmente (mas já como número 12), o conceito de gastos de financiamento líquidos integra toda e qualquer importância devida ou associada à remuneração de capitais alheios, deduzidos dos rendimentos de idêntica natureza, designadamente:

- Juros de descobertos bancários;
- Juros de empréstimos obtidos a curto e longo prazo;
- Juros de obrigações e outros títulos assimilados;
- Amortizações de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos;
- Amortizações de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos;
- Encargos financeiros relativos a locações financeiras;
- Diferenças de câmbio provenientes de empréstimos em moeda estrangeira, deduzidos dos rendimentos de idêntica natureza.

Face às variadas formas de remuneração dos instrumentos financeiros e dos rendimentos deles decorrentes, foi sentida a necessidade de concretizar a norma em apreço. Neste diploma, além de se adicionar à lista previamente descriminada os “*juros associados a operações de factoring com recurso*”, foi estabelecido um conjunto de pressupostos que enformam a aplicação da regra da não dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos.

Dada a multiplicidade que nela se encerram, é imperativo relembrar a disposição que já foi invocada anteriormente e que revela uma especificidade da lei fiscal face ao apuramento contabilístico das realidades empresariais e que consiste na definição dada de GFL – Gastos de Financiamento líquidos. Mais uma vez se transcreve: segundo a lei fiscal, “(...)

*consideram-se gastos de financiamento líquidos as importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios (...)*”. Esta é a linha orientadora que deve pautar a quantificação destes gastos para efeito de aplicação do artigo 67.º CIRC.

Não obstante, em respeito pela Dependência Parcial<sup>57</sup> entre a Contabilidade e o Direito Fiscal, mas porque existem diferenças contabilísticas que podem induzir a disparidades na quantificação dos somatórios<sup>58</sup>, foi colocada à Comissão de Normalização Contabilística a seguinte pergunta: «Que contas deverão ser incluídas na linha “Juros e rendimentos similares obtidos” da Demonstração de Resultados por Naturezas do SNC?», a qual mereceu a seguinte resposta<sup>59</sup>: “No modelo de demonstração de resultados por natureza adoptado pelo SNC pretendeu-se proporcionar informação quanto às diferentes fases de formação do resultado líquido do período, identificando métricas geralmente usadas na análise financeira.”. A Comissão adiciona ainda que “Nas métricas supra [EBITDA, EBIT e EBT], sempre se utilizou a expressão “gastos de financiamento” (e não a de resultados financeiros) para identificar o gasto líquido de financiamento, ou seja, o gasto respeitante ao financiamento contraído pela empresa, deduzido de eventuais rendimentos financeiros anteriores à sua utilização.”, e conclui que: «a rubrica “Juros e rendimentos similares obtidos” compreende as quantias de rendimentos obtidos relacionados com o financiamento da entidade. Assim, a CNC entende que sob a rubrica de “Juros e rendimentos similares obtidos” da demonstração de resultados por natureza serão inscritas, primordialmente, as quantias que figurem na conta 7915 – Juros, dividendos e outros rendimentos similares – Juros obtidos – De financiamentos obtidos, devendo nessa rubrica da Demonstração de resultados por naturezas ser também considerados outros rendimentos (por exemplo diferenças de câmbio ou outros) que se relacionem/derivem do financiamento da entidade [junto de entidades terceiras]”.

---

<sup>57</sup> A questão da relação entre a Contabilidade e o Direito fiscal será tratada em capítulo posterior em maior detalhe.

<sup>58</sup> Senão, veja-se que enquanto o Código de Contas no âmbito do SNC prevê a discriminação das subcontas e a identificação de contas distintas consoante a origem dos gastos incorridos (ex.: #7911 – Juros obtidos de depósitos; #7914 – Juros obtidos de financiamentos concedidos a subsidiárias e #7915 – Juros de financiamentos obtidos), o mesmo pode não acontecer no âmbito da utilização das IFRS, na medida em que estas permitem a apresentação lata dos resultados financeiros, ou seja, totalizando à partida os variados rendimentos decorrentes da obtenção de financiamento. Tal diferença, caso não atempada, pode gerar diferenças consideráveis no cálculo do EBITDA.

<sup>59</sup> Comissão de Normalização Contabilística – Pergunta/Resposta n.º 26

Esta interpretação da CNC aponta num sentido próximo conforme à lei fiscal, uma vez que o SNC descreve em maior pormenor as rubricas em que se subdividem os rendimentos e os gastos com os financiamentos, podendo mais facilmente (pelo menos, mais facilmente do que nas IFRS) identificar-se os rendimentos e gastos relacionados com financiamentos associados a capitais alheios.

No entanto, a Lei aplicável ao tema (artigo 67.º e Circular n.º 7/2013) cuidaram de ser aconselhável discriminar realidades que, sem margem para dúvida, consideram-se incluídas dentro da esfera dos gastos líquidos com o financiamento. Passamos a apresenta-las e a descrevê-las, tão breve quanto possível, sem pretensões de seguir a hierarquia de fontes legislativas.

### **Gastos não dedutíveis em sede de IRC**

Decorre da Circular que a regra prevista no artigo 67.º CIRC não prejudica a aplicação dos demais normativos referentes à dedutibilidade dos encargos, quer específicos sobre financiamento quer de carácter geral, pelo que serão de considerar subsumíveis à previsão da norma apenas os gastos de financiamento líquidos que sejam fiscalmente dedutíveis à luz do CIRC como um todo. São de chamar à colação, assim, as regras sobre dedutibilidade dos juros de suprimentos (artigo 23.º-A, número 1, alínea m) CIRC<sup>60</sup>), as regras sobre preços de transferência (artigo 63.º CIRC) e ainda os princípios gerais sobre dedutibilidade de gastos presentes no número 1 do artigo 23.º CIRC. Tirando a dedutibilidade dos suprimentos – tema que não é tratado neste trabalho – referiremos os outros dois temas mais à frente.

---

<sup>60</sup> Que, na Circular 7/2013 de 19 de agosto, ainda vem referenciado como o artigo 45.º, número 1, alínea j), e acordo com a redação vigente em 2013.

## Conceito de “Custos Acessórios”

Dispõe a Circular que a interpretação dada ao termo de “custos acessórios” deve remontar à definição apresentada na NCRF 27 – Instrumentos Financeiros. Nestes sentido, e nos termos daquele normativo:

*“Incluem-se neste conceito, designadamente, os custos de transação, definidos no parágrafo 5 da NCRF 27 - Instrumentos Financeiros como sendo os custos incrementais que sejam diretamente atribuíveis à aquisição, emissão ou alienação de um ativo ou passivo financeiro, como é o caso, por exemplo, das comissões bancárias e do imposto do selo.”*

Adianta ainda a Circular que se torna necessário atender ao momento em que o gasto é reconhecido em conformidade com a norma contabilística aplicável, com respeito pelo Princípio da Especialização dos Exercícios (artigo 18.º CIRC).

## Encargos relativos a locações financeiras

Definem-se estes gastos como *“encargos financeiros suportados pelos locatários no âmbito dos contratos de locação financeira assim considerados para efeitos do normativo contabilístico”* acima referido.

Nos termos do parágrafo 8 da NCRF 9, uma locação financeira existe *“(…) se ela transferir substancialmente todos os riscos e vantagens inerentes à propriedade.”*<sup>61</sup>, e como elementos que normalmente se verificam em presença de uma situação deste tipo encontramos a transferência da propriedade do ativo, no final do contrato, para o locatário, mediante uma opção de compra por um preço inferior ao do justo valor do bem como a duração do contrato de locação pela maior parte da vida do ativo. Outras características que não cabe aqui explorar marcam a diferença entre as locações financeiras e as locações operacionais, sendo que apenas as locações financeiras, em termos contabilísticos, são contabilizadas em contas de balanço como se de ativos da sociedade se tratassem, tendo um regime em muito semelhante ao tratamento conferido às amortizações das viaturas próprias das empresas.

---

<sup>61</sup> **Rodrigues, João**, “Sistema de Normalização Contabilística Explicado”, 2ª Edição, Porto Editora, 2011, p.171

De acordo com o Sistema de Normalização Contabilística<sup>62</sup>, *“Uma locação financeira dá origem a um gasto de depreciação relativo ao activo depreciable assim como a um gasto financeiro em cada período contabilístico. (...) O encargo financeiro deve ser imputado a cada período durante o prazo da locação de forma a produzir uma taxa de juro periódica constante sobre o saldo remanescente do passivo.”*

### **Gastos de financiamento capitalizáveis**

Os juros e outros gastos de financiamento que, nos termos do n.º2 do art.º 26.º do CIRC e do n.º5 do art.º2.º do DR 25/2009 de 14 de Setembro, sejam capitalizados no custo de aquisição de um ativo, em conformidade com a normalização contabilística (NCRF 10), não devem ser incluídos no cômputo dos gastos de financiamento.

Estão aqui incluídos os encargos com financiamento alheio obtido para produção de elementos de inventário que serão, como afirma o Prof. António Martins<sup>63</sup>, *“...incluídos no custo das vendas. Ou seja, tendo sido integrado no valor dos inventários, tais encargos financeiros incrementarão o valor desses ativos correntes, integrando-se na parcela subtrativa da expressão: vendas – custo de vendas.”*

Tal não faria sentido de outro modo, uma vez que os custos relacionados com a aquisição ou produção de ativos, incorridos com financiamentos para aquela atividade (aquisição ou produção) já estariam incluídos no custo de vendas, pelo que seriam contabilizados duas vezes. É importante ter noção, no entanto, que a Norma Contabilística não prevê a capitalização de todos os custos como regra geral; na verdade, no primeiro parágrafo é inclusivamente dito que: *“Esta Norma exige que, de uma forma geral, eles [os custos de empréstimos obtidos] sejam imediatamente considerados como gastos do período, excepto quanto aos custos de empréstimos obtidos que sejam directamente atribuíveis à aquisição,*

---

<sup>62</sup> **Rodrigues, João**, “Sistema...” [ob. cit], p. 173

<sup>63</sup> **Martins, António**, “A limitação á dedutibilidade dos encargos financeiros em sede do IRC: uma nota sobre os conceitos de gastos de financiamento e EBITDA de grupos”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, Vol. VII, Nº 1, Almedina, 2008, Lisboa, p. 25

*construção ou produção de um activo que se qualifica*<sup>64</sup>, caso em que é permitida a sua capitalização”.

Os custos de empréstimos obtidos que, como vimos, poderão ou não ser capitalizados no valor do ativo ou levados a resultados como gasto do período incluem não só juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos a curto e a longo prazo, como também amortização de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos, amortização de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos, encargos financeiros relativos a locações financeiras reconhecidas nos termos da NCRF 9 – Locações e, por último, diferenças de câmbio provenientes de empréstimos obtidos em moeda estrangeira até ao ponto em que sejam vistos como um ajustamento do custo de juros.

Na eventualidade de ser difícil encontrar um relacionamento direto entre certos empréstimos obtidos e um ativo que se qualifica<sup>24</sup> a regra contabilística exorta a aplicação do bom-senso na determinação da quantia dos custos de empréstimos obtidos que sejam diretamente atribuíveis à aquisição de um ativo que possa ver os custos para a sua aquisição/produção capitalizados ou ainda a aplicação de uma taxa de capitalização<sup>65</sup>, sendo certo que a mesma regra alerta para a necessidade de dedução prévia de quaisquer rendimentos temporários de investimento gerados a partir de tais fundos.

---

<sup>64</sup> Para efeitos da NCRF 10 – Custos de Empréstimos obtidos, um “*activo que se qualifica*” é um “*activo que leva necessariamente um período substancial de tempo para ficar pronto para o seu uso pretendido ou para venda*”.

<sup>65</sup> A taxa de capitalização é, segundo a NCRF 10 – Custos de Empréstimos obtidos, “*a média ponderada dos custos de empréstimos obtidos aplicável aos empréstimos contraídos pela entidade*” num dado período, subtraída dos empréstimos contraídos especificamente para a obtenção de um ativo que se qualifique para efeitos de capitalização. Esta taxa de capitalização deve ser aplicada quando os fundos sejam pedidos de uma forma geral.

## Diferenças de câmbio

Segundo a Circular n.º 7/2013, de 19 de agosto:

*“...englobam-se, ainda, as diferenças de câmbio provenientes de empréstimos em moeda estrangeira correspondentes a importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios, devendo considerar-se como tais todas aquelas que, nos termos da normalização contabilística, designadamente da alínea e) do parágrafo 5 da NCRF 10 e alínea e) do parágrafo 6 da IAS 23, correspondem a custos de empréstimos obtidos, ou seja, as “diferenças de câmbio provenientes de empréstimos obtidos em moeda estrangeira até ao ponto em que sejam vistas como um ajustamento ao custo dos juros”.*

Neste sentido, as perdas cambiais em empréstimos sobre capital alheio em moeda estrangeira são consideradas gastos de financiamento líquidos para os efeitos da regra do art.º 67.º do CIRC, uma vez que previamente tenham já passado o crivo da dedutibilidade geral, nos termos do art.º 23.º do CIRC.

## Atualização de provisões

Os gastos financeiros que resultem do aumento da quantia escriturada de uma provisão reconhecida pelo respetivo valor presente no sentido de refletir a passagem do tempo não é enquadrável enquanto gasto de financiamento líquido. Como afirma o Prof. António Martins<sup>66</sup>, *“Na verdade, trata-se de um gasto de juros que não resulta de um importância devida ou associada à remuneração de capitais alheios. Tal gasto de juros surge por via de uma convenção contabilística, que resulta da NCRF 21 – Provisões, nos respetivos § 45 e 50 e § 58 e 59”.*

De acordo com aquela norma contabilística, as provisões devem ser atualizadas quando for realizado cada balanço (normalmente, concordante com a data de fecho do período), de modo a refletir a estimativa mais fiel da realidade de utilização daquela estimativa, seja no sentido de reverter a provisão – o que gera um rendimento –, seja no sentido de reforça-la, lançando mais gasto no respetivo período.

---

<sup>66</sup> **Martins, António**, “A limitação á dedutibilidade...op cit.”, p.26

## **Operações de factoring, na modalidade “com recurso”**

A título inicial cumpre distinguir, dentro do âmbito das operações de *factoring*, as modalidades “com recurso” e “sem recurso”. Tal diferença radica, em termos gerais, na transmissibilidade do risco e das recompensas da cobrabilidade dos créditos, que a NCRF 27 toma como critério para decidir contabilisticamente sobre a manutenção ou não do ativo nas demonstrações financeiras das empresas. Senão, veja-se: como afirma o Prof. Manuel Gonçalves<sup>67</sup>, “(...)A gestão e cobrança dos créditos pode ser feita nas seguintes modalidades:

- *Sem recurso: o factor assume os riscos inerentes à aquisição de créditos, não podendo reclamar junto da empresa aderente a falta de pagamento do devedor;*
- *Com recurso: o factor não assume o risco de crédito, ficando com direito de regresso sobre a empresa aderente, no caso de o crédito se tornar incobrável.”.*

Daí que, nos termos avançados pela Circular 7/2013, seja justificado o tratamento diverso aplicado a cada uma das modalidades de *factoring*. Apenas os gastos de financiamento ocorridos no âmbito de operações de *factoring* com recurso, que são compostos pelo montante de juro a cobrar pela empresa de *factoring*, devem integrar o cômputo dos gastos de financiamento líquidos sujeitos a limitação na dedutibilidade, tendo por certo que estes valores passam o crivo da regra geral de dedutibilidade do artigo 23.º CIRC.

## **Instrumentos financeiros derivados de cobertura**

Integrados na NCRF 27 – Instrumentos financeiros, os instrumentos financeiros derivados de cobertura são instrumentos financeiros cujo valor deriva do valor de outros instrumentos subjacentes, sendo que o seu objetivo será a cobertura do risco. No caso em apreço, para o que a aplicação do artigo interessa, remetemos para os instrumentos financeiros derivados que tenham como item coberto elementos dos financiamentos obtidos por uma entidade, nomeadamente o risco de taxa de juro fixa ou o risco da variabilidade da taxa de juro.

---

<sup>67</sup> **Gonçalves, Manuel**, “Factoring – uma proposta de tratamento contabilístico na ótica da empresa aderente”, in *Contabilidade e Empresas*, n.º2, 2010, pp.17-21



Daquela Norma Contabilística resulta que devem reconhecer-se em resultado (na Demonstração de Resultados):

- As alterações no justo valor do instrumento de cobertura;
- As alterações no justo valor do item coberto, quando relacionada com o risco coberto, efetuando o correspondente ajustamento na quantia escriturada do item coberto.

Estas alterações no justo valor reconhecidas em resultado serão aquelas que implicarão um incremento nos resultados (se positivas) ou nos gastos (quando negativas), e estão no centro da questão ora em apreço.

Existem alguns argumentos para a não inclusão desta ordem de variações em resultados no cômputo dos GFL para efeitos do artigo 67.º, já que elas não podem ser diretamente ligados com a máxima que norteia o apuramento dos GFL<sup>68</sup>, mas apenas têm por base um item coberto que é, esse sim, o financiamento contratado com uma entidade alheia. Todavia, o instrumento derivado pode não ser contratado com a mesma entidade com que se contrata o item coberto, pelo que poderá ser necessário aqui um exercício de aplicação abrangente do artigo (permitida, sem dúvida à partida, pela indicação meramente exemplificativa do próprio número 12 daquele artigo). Adicionalmente, pode dizer-se, como Rodrigo Domingues<sup>69</sup>, *“Poderá ser desprovido de sentido prejudicar a dedutibilidade fiscal e gastos decorrentes de contratação de uma cobertura que (...) é um contrato que visa a cobertura de determinado risco, algo que não deveria ser penalizado fiscalmente.”*

Chegou a ser equacionada em Projeto de Proposta de Lei do Orçamento de Estado a menção expressa de que os GFL incluíam os gastos associados a instrumentos de cobertura de obrigações de empréstimos. Não obstante, na versão final da proposta de OE para aquele ano e na versão aprovada, tal menção não ficou registada, restando a dúvida sobre a retirada da expressão se deveu à sua consumição pela regra geral, ou se porque o legislador quis excluir do âmbito do artigo 67.º tais encargos.

Entretanto, a Autoridade Tributária, por via da Circular, vem esbater quaisquer dúvidas que possam ser criadas à volta dos instrumentos de cobertura do risco e expressamente refere: «Os

---

<sup>68</sup> “Importâncias devidas ou associadas à remuneração de capitais alheios”

<sup>69</sup> Domingues, Rodrigo Rebeca, “

*rendimentos ou gastos relativos a um instrumento financeiro designado como instrumento de cobertura de um endividamento do sujeito passivo devem ser considerados no cômputo dos “gastos de financiamento líquidos” no período de tributação em que concorrem para a formação do lucro tributável».*

Este diploma versa igualmente sobre o conceito de EBITDA ou, em português e por extenso, *Resultado antes das depreciações, gastos de financiamento líquidos e impostos*. Aqui é necessário demonstrar algum cuidado na informação providenciada pela Circular, uma vez que as redações são mutuamente complementares, existindo informação nova em qualquer uma delas. Assim, ao passo que a Circular aponta para como deve ser calculado o EBITDA, já o artigo 67.º do CIRC explica quais as realidades que dele devem ser extraídas para efeitos de aplicação do regime nele vertido.

Nestes termos, o EBITDA considerado, de acordo com Circular n.º 7/2013 e para efeitos da aplicação do artigo 67.º do CIRC, deverá ser o apurado na Contabilidade (nomeadamente, na Demonstração de Resultados por Naturezas), o qual corresponde ao resultado líquido do período antes de serem tidos em conta: 1) os gastos/reversões de depreciações e amortizações e as perdas/reversões de imparidade de investimentos depreciables/amortizáveis, 2) os gastos de financiamento líquidos; e 3) o imposto sobre o rendimento do período. O EBITDA contabilístico equivale, assim, ao resultado operacional da empresa, àquilo que a mesma gera em resultado da aplicação da sua atividade. Existem, no entanto, realidades que não são consideradas para efeitos fiscais e que permitem transformar o EBITDA contabilístico em EBITDA fiscal, pretensão da lei no sentido de não empolar a base sobre a qual se calculará o montante de encargos aceites (de acordo com a percentagem já anteriormente identificada): estas realidades, que identificaremos de seguida, sendo desconsideradas para efeitos da declaração de rendimentos Modelo 22 a submeter anualmente, comportam juízos de valor do legislador sobre as realidades contabilísticas apuradas no sentido de não aceitação das mesmas como encargos, ou da sua subtração à tributação, quando rendimentos.

Assim, o número 13 do artigo 67.º do CIRC prevê que sejam corrigidos ao EBITDA contabilístico as seguintes realidades:

- Ganhos e perdas resultantes de alterações de justo valor que não concorram para a determinação do lucro tributável;
- Imparidades e reversões de investimentos não depreciables ou amortizáveis;

- Ganhos e perdas resultantes da aplicação do método de equivalência patrimonial ou, no caso de empreendimentos conjuntos que sejam sujeitos de IRC, do método de consolidação proporcional;
- Rendimentos ou gastos relativos a partes de capital às quais seja aplicável o regime previsto nos artigos 51.º e 51.º-C;
- Rendimentos ou gastos imputáveis a estabelecimento estável situado fora do território português relativamente ao qual seja exercida a opção prevista no n.º1 do artigo 54.º-A;
- A contribuição extraordinária sobre o setor energético.

## **Interpretação crítica do regime**

Sem prejuízo de considerações pontuais que foram já deixadas ao longo da apresentação do regime inscrito no artigo 67.º do Código do IRC, pretendemos de momento tecer uma análise mais aprofundada sobre o mesmo, em ligação com a teia constitucional e legislativa que lhe subjaz, levantando questões que consideramos serem pertinentes para a avaliação da viabilidade e utilidade deste regime. Sem mais delongas, passaremos à referida exposição.

### ***Questões polémicas / Alertas***

Sem prejuízo de ser uma norma à qual está a ser conferida grande atenção no panorama internacional e nacional – com a paulatina solidificação do regime, experiência profissional mostra que as empresas começam a equacionar a aplicação do regime, nomeadamente no que respeita ao apuramento dos encargos na ótica de grupo – mantêm-se questões práticas que prejudicam a aplicação do regime, as quais passamos a identificar de seguida.

### **Redação da alínea a) do n.º 5 do artigo 67.º na transição de 2014 para 2015**

A questão que se coloca neste ponto prende-se com a alteração da redação da alínea a) do n.º 5 do artigo 67.º que previa, em 2014, para o cálculo do ajustamento daí decorrente, quando exercida a opção pelo RETGS, a consideração do EBITDA de uma forma consolidada, ao passo que, para 2015, a mesma disposição passa a acautelar o cálculo do EBITA de uma forma agregada, através da soma dos resultados de todas as empresas pertencentes ao grupo. Ora, a questão que se coloca em relação a esta alteração legislativa tem que ver com a sua natureza, nomeadamente se à mesma deve ser assacado carácter interpretativo (e já o cálculo do ajustamento praticado devia ser considerado de forma agregada) ou se a alteração para 2015 vem efetivamente alterar o regime, marcado pela diferença nas metodologias de apuramento.

É nossa opinião, desde já, que esta norma tem carácter meramente interpretativo, apesar de a Lei nesse sentido não expressar qualquer indicação. Na defesa desta conclusão, passamos a apresentar os argumentos que, em nossa opinião, valem; contudo, faça-se notar que a sua defesa decorre de uma interpretação prática da norma e do que a mudança da redação parece querer realmente transparecer.

Em primeiro lugar, defender a aplicação de um lucro tributário consolidado para efeitos de apuramento do EBITDA (enquanto resultado operacional de uma entidade, por definição calculado a montante do lucro tributável) parece-nos revelar uma desarticulação aberrante com o regime geral de apuramento daquele lucro ao nível do grupo, nos termos dos artigos 69.º e 70.º do CIRC. As discrepâncias são várias: em primeiro lugar, decorre das alíneas b) do n.º 3 do artigo 69.º que o grupo societário, nos termos do RETGS, para efeitos de apuramento do lucro tributável, requer que exista entre a sociedade dominante e as sociedades dominadas uma participação mínima de 75% no capital, direta ou indireta, correspondente a mais de 50% dos direitos de voto; já a obrigatoriedade de consolidação financeira existe apenas se a empresa-mãe detiver o controlo – enquanto, “ (...) *poder de gerir as políticas financeiras e operacionais de uma entidade ou de uma atividade económica a fim de obter benefícios da mesma.*”<sup>70</sup> – ou seja, um grau de dependência baseado não só na fração de capital detida direta ou indiretamente na sociedade dependente, mas sobretudo na percentagem de controlo, que pode ser diferente daquela por via de direitos de voto duplo ou tendo em conta o grau de dispersão das ações, seu grau de presença, de coesão e do número de participações dos pequenos acionistas; também a desnecessidade de sede e direção efetiva em Portugal no caso da consolidação de contas financeira contraria a necessidade patente na alínea a) do n.º 3 do artigo 69.º do CIRC e faz divergir o perímetro de consolidação do perímetro decorrente da aplicação do RETGS<sup>71</sup>; por fim, os métodos de consolidação de contas podem variar entre o método de consolidação integral<sup>72</sup>, o método de consolidação proporcional<sup>73</sup> e o método de

---

<sup>70</sup> Conferir parágrafos 11 e 4 da NCRF n.º 15, nos termos do Aviso n.º 8256/2015 de 29 de julho (homologado pelo Despacho n.º 260/2015 – XIX do Senhor Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais).

<sup>71</sup> Apesar de ser possível, desde 2015, ao abrigo do artigo 69.º-A do CIRC, que a sociedade dominante se encontre sediada ou tenha direção efetiva noutro Estado membro da União Europeia ou do Espaço Económico Europeu, com base no preenchimento de certos requisitos ali identificados.

<sup>72</sup> Também conhecido como *Line by Line Consolidation* o método é caracterizado pela soma linha a linha dos elementos das demonstrações financeiras das empresas que compõe o consolidado financeiro, sendo posteriormente feitos ajustes ao nível das participações financeiras da empresa mãe e das correspondentes parcelas do capital próprio, de justo valor de *goodwill* ou *negative goodwill*, e de interesses minoritários de terceiros no capital próprio da entidade dominada

<sup>73</sup> Ao contrário do que acontece na Consolidação Integral, no Método de Consolidação Proporcional apenas são diretamente imputados à entidade dominante os elementos do balanço e demonstração de resultados da entidade dominada que lhe corresponderem, proporcionalmente, de acordo com a participação detida.

equivalência proporcional<sup>74 75</sup>, criando disparidades de contabilização face ao apuramento do lucro tributável decorrente da norma da alínea a ) do n.º 5 do artigo 67.º (na redação em vigor a partir de 2015), que apenas propugna pela “*soma algébrica*” dos resultados das diversas entidades dentro do perímetro de grupo fiscal. Estas discrepâncias, que farão variar o EBITDA consolidado em relação ao lucro tributável que irá ser tido em conta para efeitos do RETGS (como se indicou, baseado na soma algébrica dos lucros tributários / prejuízos fiscais das entidade, nos termos do artigo 70.º do CIRC), resultam numa discrepância de regimes que, sendo desprovidas de qualquer utilidade ou mais-valia, apenas criam incongruências na aplicação do regime. Nas palavras de António Martins<sup>76</sup>: “*Acredita-se que se deverá evitar a criação de níveis adicionais de complexidade. Ou seja, a maior dedutibilidade de juros que o regime do artigo 67.º, n.º5 poderá, em certos casos, permitir não deverá ser encarada como vantagens que, por si só, deva justificar a complexidade de apuramento de um EBITDA contabilístico «especial» ou específico que a aplicação do artigo 67.º deva originar.*”.

Paralelamente, a ausência de norma fiscal de quantificação do EBITDA consolidado em qualquer parte da legislação fiscal pode ser entendido com um indicador de que o legislador não pretendeu estabelecer esta solução na lei, não o querendo fazer afastar-se do regime geral de tributação pelo grupo de sociedade.

Consideramos, na nossa singela opinião, que a legislação não foi feliz aquando da redação da norma em 2014 e que o legislador a pretendeu alterar, sem ter atenção à atribuição de natureza interpretativa, mas poucas dúvidas temos de que a correção praticada aquando do Relatório do Orçamento de Estado para 2015 na redação da norma não possui pretensão de pôr em confronto dois regimes, aplicáveis a 2014 e 2015 respetivamente, mas tão somente suprir

---

<sup>74</sup> De acordo com o parágrafo 4 da NCRF n.º 15 (ver Nota anterior), o Método de Equivalência Patrimonial é definido como o método de contabilização através do qual o investimento ou interesse financeiro é reconhecido inicialmente pelo custo, mas posteriormente ajustado de acordo com as alterações verificadas nos ativos líquidos da participada, sendo os resultados do investidor ou empreendedor a sua quota-parte nos resultados da entidade controlada.

<sup>75</sup> Sobre este tema, ver **Lopes, Ana Isabel, Trabucho, Pedro Santos**, “Demonstrações financeiras consolidadas no contexto do SNC”, TOC, n.º 122, maio/2010, pp. 46 – 56; **Ribeiro, Ana Cristina**, “A importância da Consolidação de Contas nas Autarquias”, Dissertação de Mestrado em Finanças Empresariais, Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Viseu, novembro/2010

<sup>76</sup> **Martins, António**, “A limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros em sede do IRC: uma nota sobre os conceitos de gastos de financiamento e EBITDA de grupos”, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Vol. VII, Nº 1, Almedina, Lisboa, 2008, p. 42

corrigir uma falha na composição da legislação. Entendemos assim que, para todos os efeitos legais, e apesar de não encontrar correspondência direta na lei, o EBITDA deve ser considerado de forma agregada (soma algébrica) e a alteração legislativa ter caráter meramente interpretativo da redação vigente em 2014.

### **Operacionalização do cálculo do RETGS, apuramento na declaração de rendimentos Modelo 22 e respetivos impactos**

Quando é exercida a opção prevista no n.º 5 do artigo 67.º do CIRC podem ser tomadas duas vias: nos termos da alínea b) do n.º 6 do artigo 120.º do CIRC, *“Cada uma das sociedades do grupo, incluindo a sociedade dominante, deve enviar a sua declaração periódica de rendimentos na qual seja determinado o imposto como se aquele regime não fosse aplicável.”*, o que obrigará a que sejam feitos acertos nas declarações de rendimentos de todas as sociedades integrantes do RETGS e na declaração de rendimentos Modelo 22 do grupo. Ora, tal afigura-se dissonante em relação a outros elementos legislativos que parecem dispor no sentido de que qualquer alteração relacionada com os GFL (quer para apresentar os excessos com GLF a acrescer, quer os valores de folga a reportar), tal procedimento deve ser adotado ao nível único e exclusivo da Modelo 22 do grupo. Neste sentido parece apontar o Manual de Preenchimento do Quadro 07 da Declaração de rendimentos Modelo 22 (publicada em abril de 2015) em que se pode ler: *“Neste caso, os gastos de financiamento líquidos que, individualmente, excedam o limite dedutível não devem ser inscritos no campo 748 do Quadro 07 de cada uma das declarações individuais.”* – parecendo indicar que nenhum ajustamento deve ser efetuado nas Declarações Modelo 22 individuais, mas apenas no Campo n.º 395 do Quadro 09 da Declaração Modelo 22 do grupo; no mesmo sentido, a Circular n.º 5/2015 de 31 de março<sup>77</sup> explicita que: *“Exercida a opção prevista no n.º 5 do artigo 67.º, nos termos e prazos previstos no n.º 7 do mesmo artigo, devesse ainda haver lugar, sendo caso disso, a correção do lucro tributável do grupo do efeito da aplicação da opção ali prevista.”*, inculcando adicionalmente a sensação de se aponta para a correção meramente na declaração de rendimentos do grupo; finalmente, a redação do n.º 1 do artigo 70.º do CIRC também indica

---

<sup>77</sup> Publicada pela Direção de Serviços do IRC, no seguimento da reforma proporcionada pela Lei n.º 2/2014 de 16 de janeiro, e a posterior reforma conduzida pela Lei n.º 82.º-C/2014, de 31 de dezembro.

que o lucro tributável do grupo será o resultante da soma algébrica apurados nas declarações periódicas individuais, “(...) *corrigido, sendo caso disso, do efeito da aplicação da opção prevista no n.º 5 do artigo 67.º*”.

Encontramo-nos aqui perante uma incongruência entre a letra da lei – que, diga-se, se encontra redigida, naqueles termos que encontramos hoje, desde 2001<sup>78</sup> e os diplomas normativos – de maior ou menor juridicidade -, mas com certeza com maior atualidade. Consideramos que o problema nesta sede não passa de desatualização legislativa, na medida em que a redação do artigo 120.º acompanhou os desenvolvimentos associados ao regime especial de tributação de grupos societários, mas não aqueles relacionados com a introdução do normativo sobre a dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos, tendo este sido feito em documentos mais recentes, mas aos quais falta, todavia, a legitimidade legal jurídica bastante. Numa vertente prática, e tanto quanto nos foi possível aferir até ao momento de entrega da entrega desta dissertação, o Campo n.º 395 apenas admite valores positivos, correspondentes a acréscimos de GFL não dedutíveis: tal tem impacto na medida em que sendo efetuadas correções ao nível das Declarações Modelo 22 individuais e igualmente do Grupo, não se validará a correção ao nível do Grupo quando o cálculo dos GFL ao nível deste implica um acréscimo inferior do que ao nível das individuais, por via da utilização de folgas em outras entidades ou, caso existam excessos de GFL de exercícios anteriores que possam ser utilizados no exercício - resultando na possibilidade dedução no exercício – o Campo n.º 395 não permite a sua efetivação por apenas comportar valores positivos: neste sentido, não é totalmente claro o procedimento claro a adotar pelas empresas neste sentido em face da legislação em vigor, sendo que contacto telefónico com a Autoridade Tributária revelou que o cumprimento das instruções de preenchimento era, neste campo, mandatário para a validação das declarações de rendimentos, tanto de Grupo como individuais.

Considerando que, tal como para o ponto anterior, a génese do problema encontra-se na (des)articulação entre normativos em vigor, que já poderão demonstrar algum desajuste temporal entre si, exorta-se o legislador a proceder a uma revisão de conceitos e normas, de modo a clarificar estas questões procedimentos que, ainda que não determinando o vício

---

<sup>78</sup> Confirma-se a alteração ao texto da lei conferida pela Lei n.º 30-G/2000, de 29 de Dezembro.



material das normas, certamente tornam a sua aplicabilidade menos instintiva para aqueles que, em certa altura ou outra, se vêm obrigados a recorrer à interpretação e aplicação das referidas regras.

Nas palavras de António Martins: “(...) *uma necessidade de orientação normativa existirá.*”<sup>79</sup>; tal como este autor pensamos que, a bem da segurança jurídica e da facilidade de aplicação da norma do artigo 67.º do CIRC, seria certamente útil o esclarecimento da abordagem a adotar pelos contribuintes na resolução destas dúvidas.

### ***Gastos líquidos com o financiamento – critérios de dedutibilidade***

#### **Valor fixo – € 1.000.000 (alínea a) do n.º 1 do artigo 67.º do CIRC)**

Como referido anteriormente, a fixação de um valor limite que balizasse a dedução dos gastos de financiamento líquidos passou, em 2014, de €3.000.000 para €1.000.000.

Note-se que, nos termos do n.º 10 do artigo 67.º do CIRC, este limite pode ainda ser inferior, caso o período de tributação a que se reportam os GFL seja inferior a 12 meses. Nesta eventualidade, uma proporção é calculada com referência ao número de meses de atividade. Assim, relativamente a uma empresa cujo período de atividade apenas tenha completado 9 meses<sup>80</sup>, o limite fixo de dedutibilidade dos gastos de financiamento será de €750.000

Note-se que este valor fixo fica aquém, em Portugal e no nosso entender, do que é esperado e aproveitado dele em legislações estrangeiras como *escape clause* (cláusula de escapatória) ou como *carve-out exception* (exceção), falhando ao atuar como um verdadeiro limite de dedutibilidade abaixo do qual todos os gastos com juros e pagamentos equivalentes são aceites, independentemente da relação entre partes e da localização das mesmas. O objetivo da criação de tais exceções, nas legislações em que figuram<sup>81</sup>, é a possibilidade de

---

<sup>79</sup> **Martins, António**, “A limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros em sede do IRC: uma nota...” [ob.cit], p.45

<sup>80</sup> Em jeito de caso concreto: a empresa X decidiu encerrar a sua atividade em setembro do ano N, pelo que totaliza 9 meses nesse ano.

<sup>81</sup> Podemos dar como exemplo os regimes alemão e finlandês, que serão apresentados no capítulo III

desaplicação das regras que limitam a dedutibilidade dos encargos com o financiamento nos casos em que esses encargos não ultrapassem esse limiar mínimo que, por não ser ultrapassado, não se entende eficiente a prossecução de uma qualquer atuação por parte das Autoridades Tributárias.

Em Portugal, e como decorre da redação do artigo 67.º do CIRC, coexistem dois limites que se aplicam paralelamente, prevalecendo o maior valor de entre € 1.000.000 (um milhão de euros) ou 30%<sup>82</sup> do EBITDA, sendo que se os encargos líquidos com o financiamento que se contiverem dentro daquele limiar poderão ser integralmente deduzidos.

Pode, e deve, questionar-se a razoabilidade do valor escolhido para limite fixo à realidade comercial portuguesa, nomeadamente em face do pretendo cariz anti-abuso da norma. Senão veja-se: comparando com regimes análogos de outros Estados-membro da União Europeia, o limite português estabelece um patamar bastante próximo daqueles, sem que o tecido económico nacional se compare ao daqueles países. Servem como referência o regime alemão, cujo limite definido pelo artigo 4.º-H, número 2, alínea a) do *Einkommensteuergesetz* (Código do Imposto sobre o Rendimento) é fixado nos €3.000.000, ou o regime espanhol, que apresenta um limite máximo fixo de €1.000.000, nos termos do artigo 20.º, número 1 da *Ley del Impuesto sobre Sociedades* (TRLIS) ao passo que, por exemplo, o regime finlandês apresenta um limite de apenas € 500.000.

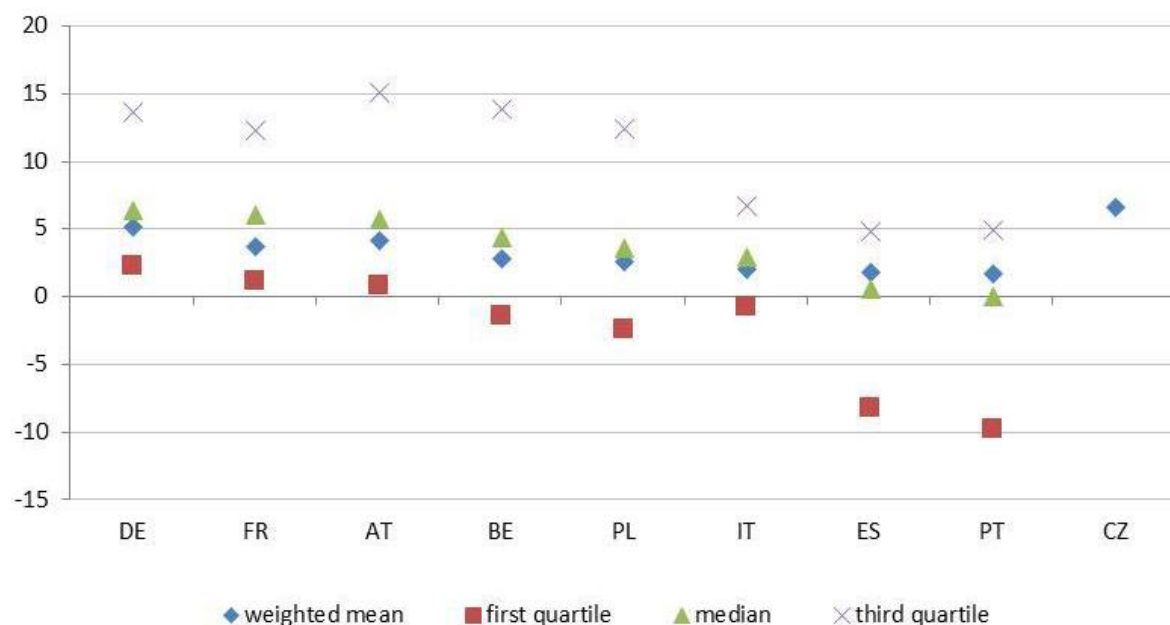
De facto, o tecido comercial português apresenta grandes diferenças em relação ao seu congénere alemão ou espanhol. Da tabela infra pode retirar-se que a rentabilidade das empresas a nível europeu é bastante heterogénea. Como descreve o relatório do BACH<sup>83</sup> de 2014, reportando-se a dados de 2012, “German and French firms are the most profitable with a median profit ratio of 6.4% and 6.0%, respectively. On the other hand, firms in Italy, Spain

---

<sup>82</sup> Ou qualquer uma das percentagens que foi fixada por via legislativa nos termos do regime transitório ao abrigo do n.º 2 do artigo 192.º da Lei n.º 66-B/2012, de 31 de dezembro.

<sup>83</sup> Financial structure and profitability of European companies, Bank for the Accounts of Companies Harmonized (BACH), Outlook #2, Outubro de 2014

and Portugal are among the least profitable: the profit level of the median firm reaches 2.9% in Italy and 0.6% in Spain whereas in Portugal it is 0%.”<sup>84</sup>.



**Figura 1: Lucro Operacional Líquido sobre ativo total (2012)**

Fonte: *Financial structure and profitability of European companies*, Bank for the Accounts of Companies Harmonized (BACH), Outlook #2, Outubro de 2014

Não cumpre, todavia, estabelecer uma crítica muito acérrima neste campo, uma vez que uma tal crítica deveria ser sempre baseada em cálculos econométricos que permitissem avaliar o impacto da nossa norma face ao mercado português, o qual não encontrámos na nossa pesquisa em relação ao mercado português<sup>85</sup>. Talvez esta seja efetivamente a crítica mais acérrima que podemos deixar, uma vez que a fixação do limite de valor absoluto deveria ter como parâmetro prévio uma avaliação de acuidade da aplicação ao mercado português, a qual permitisse justificar a escolha por um valor absoluto razoável. Em face da natureza da norma que iremos adereçar mais à frente, da falta de critério que não encontrámos para a justificação do mesmo e da similitude com o valor alemão inicialmente previsto na norma daquele Estado, cumpre deixar aqui a nossa incredulidade em relação à falta de justificação do veículo.

<sup>84</sup> Tradução: As empresas na Alemanha e em França são as mais rentáveis, com uma margem de lucro de 6,4% e 6% respetivamente. Pelo contrário, empresas em Itália, Espanha e Portugal estão entre as menos lucrativas: o nível de lucro de uma empresa média atinge 2,9% em Itália, 0,6% em Espanha e 0% em Portugal.

<sup>85</sup> Ao invés de outros estudos, a título de exemplo, relacionados com a Alemanha.

## **Gastos líquidos com o financiamento - a dependência do EBITDA**

Não é de todo desprovida de interesse a questão da dependência face ao EBITDA no apuramento da percentagem de juros dedutível, para efeitos da aplicação da regra da limitação à dedutibilidade dos encargos líquidos com o financiamento, vertida no artigo 67.º do CIRC.

Primeiramente, entenda-se que esta questão encontra a sua génese na discussão da relação estabelecida entre Direito Fiscal e Contabilidade, uma vez que o EBITDA é um conceito eminentemente fiscal. É importante ter a noção, também, que cada um daqueles campos prossegue os seus próprios interesses e, nesta senda, procura, trata e confere diversa importância à informação recolhida e preparada: se para a Contabilidade é importante apurar o lucro real e preparar demonstrações financeiras que sejam o mais fidedignas possíveis para nortear a atuação de acionistas, credores e investidores, para o Direito Fiscal reveste-se de principal importância o apuramento do lucro tributável e o serviço da Administração Tributária na quantificação desse valor. Daí que divirjam as normas que orientam cada uma destas áreas, sendo que as normas de direito fiscal prevalecem sobre as normas contabilísticas quando chegada a hora do apuramento do lucro tributável.

No entanto, enquanto ponto de partida, o resultado líquido anual apurado pela Contabilidade e vertido nas Demonstrações Financeiras assume uma certeza factual (esperamos!), a qual o Direito Fiscal não ignora, e que se considera um dos pontos de toque entre contabilidade e fiscalidade.

Os modos de relacionamento entre a Contabilidade e o Direito Fiscal foram já ensaiados e analisados, tendo sido apurados três modelos distintos: o Modelo da Dependência Total, o Modelo da Dependência Parcial e o Modelo de Autonomia. Sobre estes métodos serão apresentadas maiores considerações no Capítulo IV, pelo que agora se dirá tão-somente que, em Portugal, se estabeleceu seguir o Método da Dependência Parcial, que prevê o alicerce parcial do Direito Fiscal na Contabilidade, ou seja, o Direito Fiscal assume “(...) *o resultado contabilístico como a base geral e o ponto de partida do lucro tributável, o que se submete, posteriormente, a contados ajustamentos extra-contabilísticos (positivos e negativos), com*

*vista ao definitivo apuramento do resultado fiscal.*”<sup>86</sup>. Percebe-se então que o Direito Fiscal reclama o auxílio da contabilidade no sentido da quantificação do lucro real obtido pela empresa a cada ano, por ser efetivamente uma das valias da contabilidade (quando construída com veracidade), mas que sobre este valor irá fazer incidir regras de correção no sentido de apurar o lucro que servirá para efeitos de tributação, regras essas que deverão estar vertidas na lei, em cumprimento ao Princípio constitucional da Legalidade (Art.º art.º103.º/2 CRP), de modo a marcar a sua complementaridade face ao método contabilístico e para salvaguardar a sua legitimidade legal. Alerta, todavia, o autor anteriormente referido para o facto de que os desfasamentos criados pelo Direito Fiscal por via das suas correções não devem “(...) *revestir uma dimensão tal que acabem por desvirtuar por completo, a base contabilística (...)*”<sup>87</sup>, uma vez que “*A tributação das empresas incide fundamentalmente sobre o seu rendimento real.*”<sup>88</sup>, e a Contabilidade deve considerar-se a via mais segura para proceder à recolha, tratamento e preparação da informação de modo a salvaguardar esta necessidade.

Ora, o EBITDA – Earnings before Interest, Tax, Depreciation and Amortization (em inglês) – Resultado antes de Juros, Impostos, Depreciações e Amortizações (em português) constitui um indicador do lucro da atividade da empresa, excluído de certos gastos suportados, nomeadamente depreciações/amortizações, juros resultantes de financiamentos obtidos ou impostos. Segundo a CNC, “(...) *é um indicador que, ao eliminar os efeitos das decisões de financiamento, permite analisar e comparar o desempenho/rentabilidade entre empresas*”<sup>89</sup>, tendo sido bastante aplicado nos anos 80 como medida de aferição da capacidade de pagamento de empréstimos por parte das empresas. É, por isso, um indicador eminentemente contabilístico, com relevante impacto na análise empresarial, integrando qualquer

---

<sup>86</sup> **Tavares, Tomás Castro**, “Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Coletivas: Algumas Reflexões ao Nível dos Custos”, CTF, n.º 396, Outubro-Dezembro, 1999, Lisboa, p.49

<sup>87</sup> Ver Nota anterior, página 61.

<sup>88</sup> Um dos corolários do Princípio da Capacidade Contributiva, génese orientadora do sistema fiscal português, na sua vertente de Tributação segundo o Lucro Real, vertido no artigo 104.º/2 CRP.

<sup>89</sup> Comissão de Normalização Contabilística – Pergunta/Resposta n.º 26

Demonstração Financeira empresarial, quer alicerçada no Sistema de Normalização Contabilística (SNC), quer baseada nas IAS ou IFRS<sup>90</sup>.

De acordo com a Portaria 986/2009 de 7 de setembro, emitida na sequência do DL n.º 158/2009 que promoveu a alteração do Plano Oficial de Contas para o Sistema de Normalização de Contas, são aprovados os modelos a ter em conta na preparação das Demonstrações Financeiras empresariais nacionais, nomeadamente a Demonstração de Resultados por Natureza, onde encontramos o totalizador referente ao EBITDA<sup>91</sup>, tal como visível na Imagem abaixo, que revela não só a localização do mesmo, mas também todas as realidades que o compõem, desde “*Vendas e serviços prestados*” até “*Outros gastos e perdas*”.

---

<sup>90</sup> IAS (International Accounting Standards) e IFRS (International Financial Reporting Standards) são siglas que se reportam a normas de relato contabilístico e financeiro harmonizadas a nível global. As primeiras criadas entre 1973 e 2001 pelo International Accounting Standards Committee (IASC), e as segundas tendo sido posteriormente adotadas pelo International Accounting Standards Board (IASB) como sucessoras daquelas, ambas procuram proceder à harmonização a nível global do tratamento contabilístico e das opções de reporte de dados financeiros a nível empresarial. Apesar da não total abrangência de aplicação (as IAS/IFRS não são reconhecidas, por exemplo, nos EUA), têm grande aplicação na China, Japão, África do Sul e na Europa onde, a partir de 1 de janeiro de 2014, se tornaram o *standard* contabilístico aplicável às empresas integrantes de grupos económicos presentes na União Europeia.

<sup>91</sup> Este mesmo valor pode ser conferido na IES, na parte correspondente ao Relatório e Contas, no Campo A5017, devendo ter-se em atenção que, para efeitos tributários, a Autoridade Tributária irá certamente ter este valor como referência.

Entidade: .....

DEMONSTRAÇÃO (INDIVIDUAL/CONSOLIDADA) DOS RESULTADOS POR NATUREZAS

PERÍODO FINDO EM XX DE YYYYYY DE 200N

UNIDADE MONETÁRIA (1)

RENDIMENTOS E GASTOS	NOTAS	PERÍODOS	
		N	N-1
Vendas e serviços prestados		+	+
Subsídios à exploração		+	+
Ganhos/perdas imputados de subsidiárias, associadas e empreendimentos conjuntos		+ / -	+ / -
Variação nos inventários da produção		+ / -	+ / -
Trabalhos para a própria entidade		+	+
Custo das mercadorias vendidas e das matérias consumidas		-	-
Fornecimentos e serviços externos		-	-
Gastos com o pessoal		-	-
Imparidade de inventários (perdas/reversões)		- / +	- / +
Imparidade de dívidas a receber (perdas/reversões)		- / +	- / +
Provisões (aumentos/reduções)		- / +	- / +
Imparidade de investimentos não depreciáveis/amortizáveis (perdas/reversões)		- / +	- / +
Aumentos/reduções de justo valor		+ / -	+ / -
Outros rendimentos e ganhos		+	+
Outros gastos e perdas		-	-
<b>EBITDA</b> Resultado antes de depreciações, gastos de financiamento e impostos		=	=
Gastos/reversões de depreciação e de amortização		- / +	- / +
Imparidade de investimentos depreciáveis/amortizáveis (perdas/reversões)		- / +	- / +
<b>EBIT</b> Resultado operacional (antes de gastos de financiamento e impostos)		=	=
Juros e rendimentos similares obtidos		+	+
Juros e gastos similares suportados		-	-
Resultado antes de impostos		=	=
Imposto sobre o rendimento do período		- / +	- / +
Resultado líquido do período		=	=

**Figura 2:** Demonstração de Resultados por Natureza – modelo retirado da Portaria 986/2009 de 7 de setembro

Fonte: Portaria 986/2009 de 7 de setembro

Na verdade, é exatamente para este modelo de DdR que reenvia a Circular 7/2013, ao definir que «O “*resultado antes de depreciações, gastos de financiamento líquidos e impostos*” corresponde ao valor apurado na demonstração de resultados por naturezas antes de serem tidos em conta: 1) os gastos/reversões de depreciação e de amortização e as perdas/reversões de imparidades de investimentos depreciáveis/amortizáveis, 2) os gastos de financiamento líquidos e 3) o imposto sobre o rendimento do período”, tal como podemos confirmar na Imagem anterior.

Parece que, dada a similitude entre letra da lei (alínea b) do número 1 do artigo 67.º) e o modelo de demonstração financeira apresentado, confirmada pelo reenvio operado por via da Circular, o legislador há-de querer ter ditado o aproveitamento mútuo das expressões

utilizadas, tanto mais que o Código do IRC não estabelece qualquer definição para o conceito de “*resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos.*” utilizada naquele articulado. Para não deixar lugar a dúvidas, na senda da Dependência Parcial que entendemos ser a comumente aplicada entre Contabilidade e Direito Fiscal, no número 13 do artigo 67.º é inclusivamente referido que “*Para efeitos do presente artigo, o resultado antes de depreciações, amortizações, gastos de financiamento líquidos e impostos é o apurado na contabilidade (...)*”, reforçando a interligação entre os dois campos.

Deve, apesar de tudo, e a título breve pois não nos cabe aqui analisar as normas de relato financeiro, chamar-se a atenção para o apuramento do EBITDA quando, a nível de segmentos contabilísticos, as entidades inserem-se em regimes que sigam as IAS ou IFRS, normativos contabilísticos internacionais, por oposição ao SNC, vigente em Portugal. Este normativo não prescreve o mesmo formato para as demonstrações financeiras, apresentando divergências quanto aos componentes mínimos a divulgar e onde estes deverão ser apresentados, bem como quanto às subclassificações mínimas que deverão constar das respetivas notas. Neste contexto, dificuldades acrescidas se suscitam para efeitos do apuramento do EBITDA contabilístico e, consequentemente, fiscal. Resulta do exposto que o valor do EBITDA apurado de acordo com cada um destes normativos (SNC ou IAS/IFRS) poderá ser distinto, em função das diversas normas aplicáveis, sendo que algumas das diferenças entre os normativos contabilísticos com impacto registam-se ao nível de: elaboração de conjunto das demonstrações financeiras exigíveis legalmente, capitalização de custos com empréstimos como parte do custo de determinados ativos, mensuração das propriedades de investimento, valorização do *goodwill*, método de contabilização das participações financeiras e da consolidação de contas, quando aplicável, âmbito do perímetro de consolidação contabilística, entre outras que igualmente podem ter impacto na elaboração das demonstrações financeiras e no cálculo do EBITDA<sup>92</sup>.

---

<sup>92</sup> Sobre este assunto, ver “O Guia do SNC – *Getting on the right track*”, Deloitte, setembro 2009 disponível: <http://www.iasplus.com/de/binary/europe/0909guideportugal.pdf>



Todavia, e no que ao apuramento do EBITDA diz respeito o artigo 67.º, é também dito na mesma disposição (número 13 do artigo) que este *resultado (...) apurado na contabilidade é “(...) corrigido de:*

- a) Ganhos e perdas resultantes de alterações de justo valor que não concorram para a determinação do lucro tributável;*
- b) Imparidades e reversões de investimentos não depreciables ou amortizáveis;*
- c) Ganhos e perdas resultantes da aplicação do método da equivalência patrimonial ou, no caso de empreendimentos conjuntos que sejam sujeitos passivos de IRC (ACE e AEIE), do método de consolidação proporcional;*
- d) Rendimentos ou gastos relativos a partes de capital às quais seja aplicável o regime previsto nos artigos 51.º e 51.º-C (Participation Exemption);*
- e) Rendimentos ou gastos imputáveis a estabelecimento estável situado fora do território português relativamente ao qual seja exercida a opção (de não tributação em Portugal) prevista no n.º 1 do artigo 54.º-A;*
- f) A contribuição extraordinária sobre o sector energético.”.*

Tal deve alertar-nos para o facto de que a Dependência Parcial tem sempre um outro lado, e se prima pela receção dos conteúdos extraídos da Contabilidade, permite igualmente que sejam feitas correções fiscais aos totais apurados pela Contabilidade, o que acontece precisamente no apuramento do EBITDA. Este é um dos pontos em que o EBITDA fiscal se afasta do EBITDA contabilístico. Devem então ser adicionados e subtraídos, respetivamente, os montantes de gastos e os rendimentos relacionados com as categorias identificadas acima, de modo a que não interfiram com o cômputo do cálculo do EBITDA. Estas categorias são excluídas do cômputo do EBITDA por constituírem rendimentos que não são tributados no âmbito do sistema tributário português, pelo que muito estranharia que aumentassem o denominador sobre o qual se calcula a rácio de dedutibilidade dos encargos financeiros, caso em que protelariam situações de evasão fiscal que se pretende combater.

Para mais, o exposto anteriormente parte do pressuposto que a Dependência Parcial funciona, neste caso, conforme os parâmetros normais, em que a Fiscalidade bebe da Contabilidade os valores que corrige num momento posterior. No entanto, seria incauto da parte do aplicador da Lei ignorar que, no seio do artigo 67.º é desenvolvido um dos componentes do conceito de EBITDA (“*gastos de financiamento líquidos*”): sob pena de causar desarmonia na aplicação da lei para efeitos fiscais, deve dar-se primazia a esta interpretação na construção de quaisquer outras que dela dependam. Também aqui deve então traçar-se outra diferença entre o EBITDA consolidado e o EBITDA fiscal para efeitos da regra de limitação à dedutibilidade ora analisada. Como vimos anteriormente, os gastos de financiamento líquidos podem ser entendidos como “(...) *as importâncias devidas ou associadas às remunerações de capital alheios*”: estamos, assim, perante uma definição própria de GFL, pelo que o regime do número 12 do artigo 67.º não faz depender do cálculo dos GFL a sua relevância contabilística por natureza (se financeira ou operacional, ou seja, se anterior ou posterior ao EBITDA), mas sim se as importâncias incluídas no resultado contabilístico são ou não devidas e/ou associadas à remuneração dos capitais alheios.

Assim, citamos Rodrigo Domingues no que, em nosso entender, parece ser o procedimento mais correto para o apuramento do EBITDA a ter em conta para efeitos do artigo 67.º do CIRC: «*Para o efeito, as entidades poderão ter a seguinte abordagem: partindo do resultado líquido do exercício, adicionam o imposto sobre o rendimento do período, apurando assim o resultado antes de imposto. A este somam os “gastos financeiros líquidos” determinados de acordo com a lei fiscal [seguindo o paradigma enunciado no número 12 do artigo 67.º do CIRC] e somam os gastos e imparidade de activos depreciables/amortizáveis obtendo, assim, o “resultado antes de depreciações, gastos de financiamento e impostos” que deve utilizado para efeitos fiscais*». Tendo como base a Figura 4 apresentada acima propõe-se, partindo do Resultado Líquido do Exercício apresentado na base da imagem, que se somem as realidades apresentadas acima (entendidas ou não à luz da lei fiscal) de modo a atingir-se o verdadeiro EBITDA relevante para efeitos da aplicação do regime ora em análise.

De modo a aferir a utilidade da norma e do rácio nela contido, utilizou-se o Relatório “Análise Setorial das Sociedades Não Financeiras em Portugal, 2010 – 2015”<sup>93</sup>, documento elaborado pelo Banco de Portugal com base no qual, com a merecida confiança que nele depositamos, se apoia o enquadramento em relação ao endividamento das sociedades portuguesas relativamente à sua operacionalidade. Segundo aquele documento “*Das 390 mil empresas em atividade em Portugal, em 2014, 89% eram microempresas. As grandes empresas, embora representassem 0,3% do número de empresas, geraram a maior parcela do volume de negócios (43%)*” – podemos deste dado retirar que o mercado europeu é mais densamente povoado, no que às empresas do setor não financeiro toca<sup>94</sup>, pelas microempresas, que não atingirão montantes de financiamento tão exagerados que, com probabilidade, ultrapassem o milhão de euros de encargos financeiros permitidos deduzir. Assim é mesmo ao ler-se naquele Relatório<sup>95</sup> que a autonomia financeira<sup>96</sup> das empresas em 2014 é de apenas 30%, o que é o mesmo que dizer que 70% da estrutura de capital das entidades tem origem em capital alheio à sociedade. Tendo-se registado uma variação de 1 p.p face a 2010 quanto a esta estrutura de financiamento, conclui-se que a norma do artigo 67.º do Código do IRC é muito complacente com a estrutura de financiamento das empresas, antecipando nós que a razão se prenderá com o elevado limiar que a norma apresenta como cláusulas de exclusão (valor absoluto de € 1.000.000).

Da estrutura da dívida da empresa, ressalta daquele Relatório<sup>97</sup> que os empréstimos bancários assumem uma importância de 26% do passivo das sociedades não financeiras (por comparação a 28% em 2013), sendo imediatamente seguidos pelos financiamentos obtidos junto de empresas do grupo, com um peso de 21%. Com uma tão grande componente de

---

<sup>93</sup> **Banco de Portugal**, “Estudo da Central de Balanços n.º 23 – Análise Setorial das Sociedades Não Financeiras em Portugal, 2010 – 2014”, novembro de 2015, p. Sumário, disponível em: [https://www.bportugal.pt/pt-PT/ServicosaoPublico/CentraldeBalanços/Biblioteca%20de%20Tumbnails/Estudos%20da%20CB\\_23\\_2015.pdf](https://www.bportugal.pt/pt-PT/ServicosaoPublico/CentraldeBalanços/Biblioteca%20de%20Tumbnails/Estudos%20da%20CB_23_2015.pdf)

<sup>94</sup> Estão aqui abrangidas as empresas que desenvolvem as suas atividades nas seguintes áreas: Agricultura e Pescas, Indústria, Eletricidade e Água, Construção, Comércio e Outros Serviços. A par do setor não financeiro do Estado, compõem os outros 4 setores institucionais do Estado, de acordo com Regulamento (EU) n.º 549/2013 de 21 de maio, o setor financeiro, a Administração Pública, o setor das Famílias e o setor das Instituições sem fins lucrativos ao serviço das famílias. Disponível em: <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/PT/TXT/HTML/?uri=CELEX:32013R0549&from=PT>

<sup>95</sup> **Banco de Portugal**, [ob. cit.], p.23

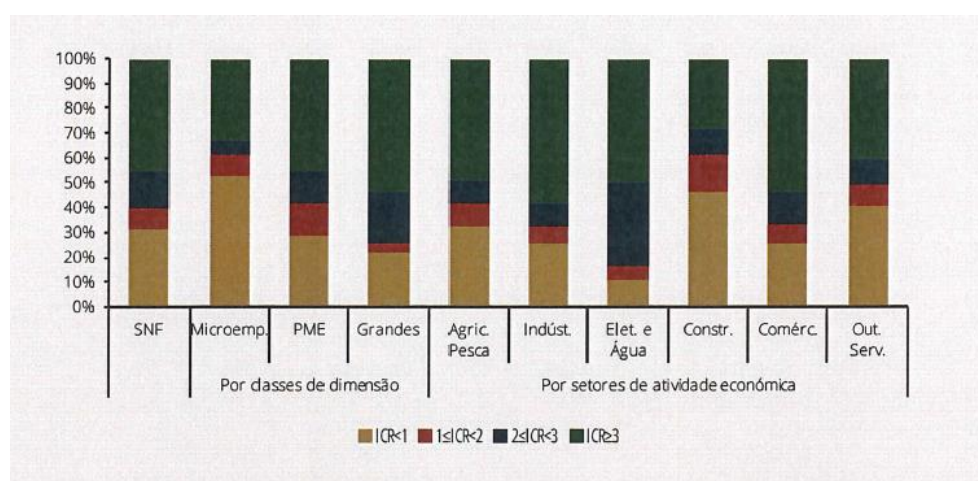
<sup>96</sup> O conceito de autonomia financeira corresponde à proporção entre o capital próprio e o ativo total.

<sup>97</sup> **Banco de Portugal**, [ob. cit.], p.23

dívida remunerada na estrutura do passivo das sociedades não financeiras (57% dispersos por empréstimos bancários, financiamentos intra-grupo, títulos de dívida e outros financiamentos), importa ver a evolução do peso dos juros suportados.

A esta estrutura de financiamento correspondeu, assim sendo, uma diminuição de juros suportados na ordem dos 7% – montante global – em 2014, face a 2013, mostrando os dados preliminares de 2015 que a tendência se manteve no primeiro semestre daquele ano<sup>98</sup>, sendo que todavia a maior e menor reduções nos juros ocorreram nas microempresas (14%) e PME (1%), sendo que a redução ocorrida no âmbito das grandes empresas – aquelas que efetivamente estarão sob o jugo da norma em análise nesta dissertação – se fixou nos 8% de 2013 para 2014.

Outro indicador que importa de momento analisar tem que ver com o Rácio de Cobertura de Juros – o rácio entre o EBITDA e os juros suportados, também designado por ICR ou Interest Coverage Ratio. Este rácio, no quanto que seja maior do que a unidade, indicará quantas vezes o EBITDA (resultado operacional) poderá cobrir os custos com encargos financeiros, pelo que encontraremos um *break-even* naquelas entidades em que o ICR seja igual ou superior a 3.



**Figura 3: Proporção do passivo detido pelas empresas em função do rácio de cobertura de juros | Por classes de dimensão e setores de atividade económica (2014)**

Fonte: Banco de Portugal, “Estudo da Central de Balanços n.º 23 – Análise Setorial das Sociedades Não Financeiras em Portugal, 2010 – 2014”, novembro de 2015, p. 26

<sup>98</sup> Banco de Portugal, [ob. cit.], p.23

Do gráfico acima é possível aferir, atentando à proporção do passivo por classes de dimensão, que 75% das grandes empresas apresenta um rácio de cobertura de prejuízos entre 2 e mais de 3, o que permite concluir que 30% do EBITDA (requisito presente na alínea b) do n.º 1 do artigo 67.º do CIRC) abarcará a totalidade de juros incorridos por aquelas entidades. A proporção não é tão animadora nas PME (60%) e nas Microempresas (40%), mas entendemos que mais facilmente estarão os encargos financeiros destas entidades abrangidas pela cláusula de salvaguarda da alínea a) do n.º1 do artigo 67.º - valor absoluto de € 1.000.000 (um milhão de euros).

Queremos com este excursus demonstrar que a estrutura de financiamento apresentada das entidades portuguesas que compõem o universo das sociedades não financeiras, sujeitas ao regime do artigo 67.º do Código do IRC, não nos parece bem acautelada pela estrutura daquela norma, tal como ela se encontra construída atualmente. Recuperando a opinião de Ana Paula Dourado, é exigido ao legislador o respeito pelo Princípio da Igualdade na formulação do caso médio que norteará a regulação nos termos da norma presuntiva: o caso médio terá que ser uma transparência das características gerais dos elementos que compõem o universo a que a norma se propõe regular, apenas assim estando cumpridos os requisitos da necessidade, adequação e proporcionalidade que compõem o teste do Princípio da Proporcionalidade na restrição aos direitos constitucionalmente consagrados, no entorse que a lei admite ao princípio da tributação pelo rendimento real. Em face da informação econométrica apresentada, não nos parece que o caso médio que foi vertido nas normas do n.º 1 do artigo 67.º do CIRC decorra de uma análise ao universo económico português que pretenda justificar a amplitude e incidência das normas, antes foi copiado dos exemplos alemão e italiano sem preocupação de adaptação ao universo económico português, não tão desenvolvido a nível empresarial, e com uma propensão para a aversão ao financiamento, quando comparado com outros agentes de mercado internacionais. A experiência prática revela-nos que não têm sido realizados muitos ajustamentos com base no artigo 67.º, o que se explica por apenas uma pequena percentagem de entidades no mercado português se encontrar efetivamente submetida ao âmbito de aplicação daquela regra, como se pretendeu

mostrar pelos dados que se deixou expostos. Não é nossa pretensão, neste campo, defender a inconstitucionalidade da norma com base na violação do Princípio da Igualdade e da Proporcionalidade – em verdade achamos que uma norma assim é benéfica para o sujeito passivo como está, em prejuízo do escopo anti-abusivo que supostamente apregoa, mas efetivamente não nos parece que nenhum Contribuinte irá alguma vez ter algum estímulo para considerar a presente norma inconstitucional pois ou estará do lado da norma que cai dentro dos limites da dedutibilidade (o maior entre 30% do EBITDA ou € 1.000.000) ou estará do lado da norma que é efetivamente restringido, contudo sabendo que qualquer alteração à norma nunca o irá excluir do seu âmbito de aplicação, mas tão-somente conduzir à reforma da norma e alargamento da sua incidência.

Não é nosso objetivo, neste excerto, defender a ataraxia e o conformismo perante normas que estejam mal redigidas e que se demonstrem inúteis na prossecução dos objetivos para as quais foram criadas. Queremos genuinamente alertar, por agora, nesta sede, para o facto de uma das críticas que pretendemos deixar vincadas com esta dissertação ao regime da limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros é esta incapacidade de promover essa limitação de encargos alegadamente abusivos, na medida em que os critérios fixados vão além do necessário e adequado para garantir uma aplicação idónea da norma, adereçada ao tipo médio, elemento fulcral que atrás considerámos pressuposto da criação das normas que se afastam do regime da tributação do rendimento real e promovem tributações forfetárias. Não há qualquer estímulo para a contestação da norma por esta via, quando considerada exclusivamente, uma vez que a malha que ela procurou tecer para peneirar os casos de abuso não nos parece adequada à realização desse fim. Qualquer efetivação da norma devia passar por alterar os limites pensados, nomeadamente e em especial o valor absoluto, se se lhe pretendesse atribuir um qualquer valor anti-abusivo. No entanto, como será exposto no Capítulo IV, ponderamos que a solução passará por outra solução, que nessa altura será argumentada.

### ***Qualificação da norma tributária***

Inserido na Secção VI – Disposições comuns e diversas do Capítulo III – Determinação da matéria coletável, o artigo 67.º configura uma norma de incidência tributária objetiva, na medida em que versa sobre uma das componentes negativas da matéria tributável (encargos financeiros, como expressão de gastos), fixando a não dedutibilidade daqueles encargos de

acordo com os pressupostos já anteriormente explanados, conformando assim o lucro tributável / prejuízo fiscal apurado pelo Contribuinte.

Ora, as normas de incidência operam por diversas vias: podem estipular a incidência tributária de uma abordagem mais genérica, primando pela definição de características partilhadas por um universo de elementos cuja disponibilidade para o preenchimento poderão convocar maior ou menor margem de livre apreciação administrativa e discricionariedade por parte do próprio legislador ou da Autoridade Tributária concretizadora de normas legais, ou podem adotar um enfoque mais descritivo (tipificador) das realidades a que se pretende acometer certa estipulação legal<sup>99</sup>. Em Direito Fiscal, e seguindo a opinião de Ana Paula Dourado, as normas tributárias substantivas assumem a forma de tipos legais (aos quais correspondem diversos *Tatbstände*) de imposto<sup>100</sup>, enquanto recetáculos da “ (...) *descrição do imposto nas suas notas típicas, nos seus elementos caracterizadores*.”. Neste ponto, a autora individualiza o *Tatbestand* de Garantia que assume especial importância, na medida em que é ele que encerra os elementos nucleares de cada imposto, a saber “(...) *sujeito activo e sujeitos passivos (originários e não originários), pressupostos de facto, critérios de determinação da base tributável e critérios para o cálculo do débito*.”<sup>101</sup>, que podem ser alvo de deliberação pelo Governo, mediante autorização legislativa por parte da Assembleia da República fundadamente densificadora das orientações assumidas. Sobre ele recairá sempre uma obrigação de respeito pela Constituição, nomeadamente pela reserva da Assembleia da República (cfr. alínea i) do n.º 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa),

---

<sup>99</sup> Sobre esta matéria ver a detalhada elaboração sobre o tema realizada por **Dourado, Ana Paula**, “O Princípio da legalidade fiscal: Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação”, FDUL, Lisboa, 2005, em especial pp. 233 a 313; e ainda “O princípio da legalidade fiscal na Constituição portuguesa”, in *Perspectivas constitucionais, nos 20 anos da Constituição de 1976*, Vol II, Editora Coimbra, 1997;

<sup>100</sup> A autora define (Ob.cit, p.307) que, nos termos da Constituição da República Portuguesa, é possível identificar, nos seus artigos 103.º e 104.º os elementos normativos essenciais dos *Tatbestände* de garantia e sistemático de imposto: o *Tatbestand* de Garantia enquanto definição e predeterminação legais dos elementos essenciais da obrigação do imposto, e o *Tatbestand* sistemático, enquanto conjunto dos elementos indiciadores de capacidade contributiva, cuja verificação é necessária para o apuramento do montante de imposto a pagar. A diferença entre os dois é revelada pela autora, na medida em que o *Tatbestand* de Garantia “(...) *é mais restrito do que o Tatbestand Sistemático* porque algumas normas relacionadas com a base tributária, nelas incluídas as que impõem deveres acessórios aos sujeitos passivos, e especialmente de cobrança, sempre que não estejam relacionadas com o apuramento do montante de imposto a pagar, fazem parte do *Tatbestand* sistemático, mas não já do de garantia.

<sup>101</sup> **Dourado, Ana Paula**, [ob cit – p.278]

dada a função garantística que adquire não só no que respeita à conformação das extremas do campo de incidência do imposto, mas também no que respeita à salvaguarda da posição dos sujeitos passivos em relação a eventuais violação dos elementos essenciais de sujeição a obrigação tributária.

Já do ponto de vista da consagração do *Tatbestand* sistemático, sob a lógica dos Impostos sobre o rendimento, Ana Paula Dourado define que “*Os Tatbestände sistemáticos, na legislação dos impostos sobre o rendimento em vigor, são então compostos por uma escala ordenada entre uma descrição de tipos relativamente aberta à concretização, e a descrição de tipos simplificadora e fechada (tipificações), de forma a tentar respeitar simultaneamente os princípios de justiça e de legalidade fiscais.*”<sup>102</sup>.

Reclama-se, a fim de concretizar as normas jurídicas em que se concretiza esta composição legal, a utilização das definições de Karl Larenz<sup>103</sup>, que dissecar o conceito de norma jurídica à sua expressão mais reduzida de “proposição jurídica”. Define este autor uma dicotomia entre proposições jurídicas completas e proposições jurídicas incompletas, cada uma delas sujeita a posteriores ramificações definitórias, mas que se destriçam pela autonomia com que figuram no sistema jurídico tributário respetivo: as proposições completas constituirão assim uma disposição autónoma em que elementos da norma (previsão e estatuição) se bastam na sua redação, ao passo que as proposições incompletas necessitarão de coordenação com outras normas fiscais, no sentido de maximizarem a sua aplicabilidade. Independentemente da completude ou incompletude da norma, fixe-se que nenhuma norma é uma ilha no oceano da legislação, fazendo sempre parte de um conjunto ordenado regulador em que – apenas nesse contexto – ganha sentido: neste sentido, o autor elabora que “*(...) as proposições jurídicas contidas numa lei não estão simplesmente umas ao lado das outras, mas estão relacionadas entre si de diferente modo e só na sua recíproca delimitação e no seu jogo concertado produzem uma regulação (...)*”<sup>104</sup>.

---

<sup>102</sup> Dourado, Ana Paula, [ob cit – p.579]

<sup>103</sup> Larenz, Karl, “Metodologia da Ciência do Direito” – tradução de José Lamego, 4ª Edição, Fundação Calouste Goulbenkian, pp. 340 - 371

<sup>104</sup> Larenz, Karl, [ob.cit, p. 370]



Neste contexto, adquire especial relevância adereçarmos o tema da tributação mediante normas presuntivas de rendimento, integrando-se estas na qualificação de *proposição jurídica incompleta* enquanto normas que visam estabelecer uma maior pormenorização, densificação de elementos ou consequências de *normas jurídicas completas*, ou a sua restrição a certos casos (excecionando situações da vida real). O autor resume, num parágrafo em que reclama conceitos de linguagem: “*Todas as proposições deste género são frases gramaticalmente completas, mas são, enquanto proposições jurídicas, incompletas. O serem proposições jurídicas, se bem que incompletas, significa que comungam do sentido de validade da lei, que não são proposições enunciativas, mas partes de ordenações de vigência. Todavia, a sua força constitutiva, fundamentadora de consequências jurídicas, recebem-na só em conexão com outras proposições jurídicas.*”<sup>105</sup> De entre as proposições jurídicas incompletas o autor identifica três tipos:

- Proposições jurídicas aclaratórias: tomando-se como as que delimitam a aplicação de outras normas ou que efetuam a concretização de conceitos empregues;
- Proposições jurídicas restritivas: normas jurídicas que, complementando normas tributárias (por definição) completas, restringem a sua aplicação, excecionando do seu âmbito de ação realidades que não devam ser submetidas a essa normatividade. A identificação destas normas, em relação com as normas jurídicas completas, atesta que nenhuma norma tributária, por mais completa que seja, funciona sozinha no seio do ordenamento jurídico, sendo sempre necessário proceder à sua concretização;
- Proposições jurídicas remissivas: regras que operam, e por isso apenas nessa verificação adquirem operacionalidade, por referência a outras normas jurídicas, seja no que respeita à identificação da consequência jurídica aplicável, seja em termos de apropriação da previsão normativa de outra norma. José de Oliveira Ascensão descortina diversos tipos de normas que se enquadram na categoria de normas remissivas<sup>106</sup> (normas de devolução de Direito Internacional Privado, normas de

---

<sup>105</sup> **Larenz, Karl**, [ob.cit, p. 360]

<sup>106</sup> **Ascensão, José de Oliveira**, “O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma perspetiva luso-brasileira”, 11ª Edição, Editora Almedina, 2001, pp. 502 - 505

conflitos referentes a aplicação da lei no tempo e de regimes transitórios, entre outras), autonomizando ainda as normas presuntivas e as ficções.

Virgílio Martins Pires<sup>107</sup> é da opinião de que “*Parece-nos, porém, que a distinção teórica entre «ficção» e «presunção legal absoluta» tem interesse meramente académico, não só porque a sua eficácia é a mesma mas ainda porque, na prática, é muito fácil e vulgar confundi-las*”. Efetivamente, a distinção *no terreno* destas normas jurídicas não é líquida, mas não é completamente impossível: as presunções legais são normas que partindo de um facto conhecido, e mediante uma ilação sobre esse dado, retiram um outro facto ao qual atribuem a mesma consequência jurídica, tal como decorre do Art.º 349.º CC.<sup>108</sup>, podendo dividir-se em presunções relativas ou *juris tantum* (que admitem prova em contrário) e presunções absolutas ou *jure et de jure* (presunções que não admitem prova em contrário); já as ficções legais consistem na aplicação direta de efeitos jurídicos próprios de um facto a outro sem os quais seja previamente estabelecido qualquer tipo de nexo de causalidade.<sup>109</sup> Nas palavras de Oliveira Ascensão: “*A presunção absoluta é muito semelhante à ficção, apenas variando o modo técnico da sua apresentação, Também aqui se realiza praticamente a identificação de antecedentes, característica da ficção, uma vez que se exclui a possibilidade de se demonstrar que a realidade é diversa. E o resultado é o mesmo: da situação derivarão fatalmente as mesmas consequências que derivam daquela cuja verificação se presume.*”<sup>110</sup>.

Tendo identificado sumariamente, e sem prejuízo de outras conceções que infeliz mas certamente ficaram por explorar, os tipos gerais de normas através das quais é feita uma tipificação, quanto à completude das orientações nelas veiculadas, cumpre subsumir a norma do artigo 67.º a uma das categorias. Neste ponto, andamos a par da classificação apresentada

---

<sup>107</sup> **Pires, Virgílio Martins**, “As Presunções no Direito Fiscal”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 223/225, Julho / Setembro de 1977, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa

<sup>108108</sup> Para o estudo em apreço, importam aqui apenas as Presunções Legais que, nos termos dos artigos 349.º e 350.º do CIRC, são decorrentes da letra da lei e formuladas pelo legislador, por oposição às Presunções Judiciais (artigos 349.º e 351.º do CC) que são tiradas pelo julgador aquando da aplicação no caso concreto.

<sup>109</sup> Sobre este tema, ver: **Larenz, Karl, Larenz, Karl**, [ob.cit, pp. 364 - 371]; **Pires, Virgílio Martins**, [ob.cit, pp.55 – 109]; **Ascensão, José de Oliveira**, [ob.cit – pp. 502 – 505]; **Justo, António dos Santos**, “A Fictio Juros no Direito Romano – Aspectos Gerais”, Coimbra, 1985, pp. 100 – 119; **Dourado, Ana Paula**, [ob.cit. pp.557 – 577];

<sup>110</sup> **Ascensão, José de Oliveira**, [ob.cit – p. 504]

por Ana Paula Dourado<sup>111</sup>, na medida em que reconduz genericamente as normas especiais anti-abuso, onde consideramos inserir-se o artigo presentemente em análise, às “(...) *regras de avaliação* (...)”, enquanto “(...) *proposições jurídicas de determinação que não têm conexão com a prova dos factos, mas que se servem de expedientes técnico-financeiros para a medida da capacidade contributiva do sujeito passivo (...) com base em «máximas de experiência», valores de mercado e outros índices que permitem chegar a um valor médio, representativo.*”<sup>112</sup>. Não seguros quanto à recondução a presunção inilidível, como defende a autora citada, ou a ficção – mas sem grande relevo abordar essa questão para os efeitos do presente trabalho dada a similitude entre conceitos que é consensualmente aceite pela doutrina – efetivamente, o artigo 67.º estatui uma restrição à dedutibilidade dos juros com base em valores absolutos e quocientes fixados aprioristicamente, sem atenção ao caso concreto, abrangendo todas as entidades sem distinção<sup>113</sup> e sem permitir presunção em contrário. O reconhecimento destas normas (as referidas *normas de avaliação*, utilizando a expressão da autora) e a sua receção generalizada em diversos sistemas jurídico-tributários deve-se, na esteira de Francisco Pardal<sup>114</sup> “(...) *ao choque entre a fraude e a evasão fiscais e a necessidade de aumento de receitas, as quais provêm dos impostos, (...) a fim de evitar que os contribuintes menos cumpridores possam furtar-se ao cumprimento das suas obrigações.*” e encontram em Ana Paula Dourado extensa validação na bibliografia apresentada. Aquela autora justifica a sua aceitação com base na prossecução, por parte daquelas normas, de objetivos de justiça fiscal, considerando que a definição de tipos abertos, sujeitos a margem de livre apreciação pelo aplicador do Direito gera, atualmente, espaços de eventual abuso que atentam contra o Princípio da Igualdade material. Adicionalmente, consegue-o em prol da maximização da segurança jurídica e certeza na aplicação do Direito, dando provas de que a tipificação de acordo com regimes forfetários não será à partida inconstitucional se quedar

---

<sup>111</sup> Dourado, Ana Paula, [ob.cit. pp.577 – 625];

<sup>112</sup> Dourado, Ana Paula, [ob.cit. p. 593]; Partilhando de uma definição em sentido concordante, leia-se **Fabo, Diego Marín-Barnuevo**, “Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario, Ed. MacGraw & Hill, Madrid, 1996, p.173

<sup>113</sup> À exceção, como vimos, das entidades no setor da banca e seguros, por razões de especificidades de estrutura de gastos e rendimentos incompatível com a limitação presente no artigo.

<sup>114</sup> **Pardal, Francisco Rodrigues**, “O Uso de Presunções no Direito Tributário”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 325 / 327, Jan. – Mar.1986, CEF, p.41

provada a relação entre os parâmetros de avaliação e o tipo médio, frequente, que decorrer da análise prévia à realidade subsumível. Nem na jurisprudência nacional<sup>115</sup>, nem na doutrina citada se descortinaram intenções de oposição à possibilidade de criação de expedientes de apuramento da matéria coletável com base em expedientes presuntivos e forfetários, como é aquele ínsito no artigo 67.º do CIRC, mercê do advérbio *fundamentalmente* inscrito no n.º 2 do artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa, sede o Princípio da Tributação pelo Rendimento Real para as empresas. Na verdade, também nós subscrevemos este entendimento, considerando que os ganhos em termos de praticabilidade e segurança jurídica justificam a desoneração da Autoridade Tributária e do mecanismo administrativo do Estado desde que, claro está, cumpram os pressupostos de respeito pela Constituição.

São eles, no entender de Ana Paula Dourado:<sup>116</sup>

- Subsunção a “(...) *tipos empíricos de significado relevante, de forma que as desigualdades resultantes da rigidez da tipificação legal só atinjam um número de pessoas proporcionalmente pequeno (...)*”;
- Pouca intensidade da violação do Princípio da Igualdade, aqui entendido enquanto princípio a ter em conta pelo legislador aquando da tipificação – segundo podemos aferir da leitura da contribuição da autora, o respeito pelo princípio da igualdade deverá ser aferido, neste momento, em relação à consideração dos pressupostos do tipo médio e à sua concretização, na tentativa de que os valores forfetários apurados, caso seja essa a abordagem da norma, e vertidos na legislação reflitam a média dos valores do universo analisado<sup>117</sup>;
- A não restrição a outros limites constitucionais materiais (como é exemplo, o princípio da não discriminação).

Melhor se concluirá sobre o cumprimento destes pressupostos de seguida, em sede de comentários aos valores forfetários escolhidos nos termos do artigo 67.º do Código do IRC.

---

<sup>115</sup> Cfr. Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 84/2003, de 12 de fevereiro, no âmbito do Processo n.º 531/99

<sup>116</sup> **Dourado, Ana Paula**, [ob.cit. p. 617];

<sup>117</sup> O Princípio da Igualdade considerar-se-á respeitado, nesta sede, e ainda que em relação a situações do caso concreto possa haver violação do Princípio da Igualdade, se for garantido que o apuramento dos valores vertidos na legislação aplicável e todo o processo correspondente respeitaram considerações de igualdade, no tratamento não discriminatório de dados.

Por agora, conclui-se com uma primeira ambiguidade que reputamos à formulação do artigo, que parece não obter grande estranheza junto da maioria da doutrina e jurisprudência portuguesas. Trata-se do respeito pelo Princípio da Capacidade Contributiva e, em certa medida, pelo respeito do seu corolário da tributação sobre o rendimento real. Neste ponto, seguimos de perto as considerações de José Casalta Nabais ao afirmar que a intenção do legislador na concretização do princípio da tributação pelo rendimento real vai no sentido de que: “(...) [O] *nosso sistema de tributação das empresas se aproxime tanto quanto possível do ideal, ou seja, consagre uma tributação das empresas que incida fundamentalmente sobre o seu rendimento real (...)*” sendo que “(...) *o legislador fiscal se encontra constitucionalmente vinculado à instituição da regra, do princípio, da tributação das empresas pelo seu rendimento real.*”<sup>118</sup>. Já estipulámos, e este autor não é exceção, que a previsão do princípio da tributação pelo rendimento real no artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa não obsta ao apuramento da matéria coletável com base em métodos de apuramento normal, presumido ou à utilização de presunções, quando a tal convenham razões de praticabilidade e efetividade; no entanto a divergência para métodos de apuramento diferentes do rendimento real deve estar alicerçada no respeito pela gradualidade e proporcionalidade, configurando para todos os efeitos um regime excecional, a que se deverá lançar recurso apenas quando se mostrar impossível a determinação da matéria coletável com recurso a métodos de afetação direta<sup>119</sup>. E tal respeito pela proporcionalidade, respeitados que estejam os outros requisitos, pode ser atingido tão-somente através de uma cláusula de salvaguarda da possibilidade de o contribuinte provar a sua subsunção ao apuramento por via do apuramento real. Consideramos, neste sentido, que a norma do artigo 67.º do CIRC não cumpre com este requisito constituindo uma norma que, não admitindo prova em contrário, se transforma numa norma que confere um benefício à Autoridade Tributária – no sentido de facilitar o seu trabalho de quantificação da matéria coletável através da submissão aos limites forfetários que se encontram definidos – com grave e injusto cerceamento do princípio da tributação pelo rendimento real.

---

<sup>118</sup> **Nabais, José Casalta**, “O quadro constitucional da tributação das empresas”, in *Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976*, AAFDL, 2001, p. 363

<sup>119</sup> Neste sentido, atente-se ao regime da tributação pelo rendimento presumido que, nos termos do artigo 85.º CIRC em sede de avaliação indireta, define que este método é subsidiário da avaliação direta, aplicando-se, sempre que possível e a lei não prescrever em sentido diferente, as regras da avaliação direta.

Em favor desta posição avançamos duas justificações que, no fundo, bulem com a apreciação constitucionalidade do preceito:

- Decorre da jurisprudência do TJUE apresentada anteriormente<sup>120</sup>, em sede de apreciação do regime de subcapitalização (reportando-se ao no Reino Unido, em que vigorou até 2004) que, em Portugal, precedeu ao atual regime do artigo 67.º do Código do IRC, que deve ser dada possibilidade ao Contribuinte, sem que este incorra em ónus desproporcionais, de provar a substância económica por detrás dos factos tributários sujeitos a tributação: no caso da tipicidade do art.º 67.º do CIRC deve ser conferida a possibilidade ao Contribuinte, portanto, de provar a origem e validade dos encargos financeiros, nomeadamente a sua proveniência de entidades terceiras, bem como a sua ligação à atividade empresarial e a sua tributação na esfera do beneficiário, uma vez que apenas assim se estará a salvaguardar a posição do Contribuinte sem retirar à Autoridade Tributária a praticabilidade do método de apuramento vertido naquele artigo<sup>121</sup>, cumprindo-se os desígnios de dedutibilidade dos gastos com o financiamento nos termos do artigo 23.º que devem nortear a sua aceitação;
- Na esteira do ponto anterior, refere José Casalta Nabais<sup>122</sup> que “(...) *numa situação dessas [de impossibilidade de contra-prova] estaremos perante uma presunção absoluta de rendimentos, a qual, como o Tribunal Constitucional já decidiu, briga com a Constituição.*”<sup>123</sup> No acórdão referido – Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 348/97 de 29 de abril no âmbito do Processo n.º 63/96, a situação em apreço – uma alteração de lei que veio instituir a presunção inilidível da prática de uma taxa de 15% de juros nos mútuos e nas aberturas de créditos efetuados pelas sociedades a favor dos respetivos sócios, sendo dada a possibilidade de elisão aos casos de mútuos dos sócios para a sociedade, da sociedade para terceiros e entre pessoas singulares – teve como desfecho a consideração, pelos Juízes do Tribunal Constitucional, da inconstitucionalidade da

---

<sup>120</sup> Confira TJUE, Proc. C-524/04 de 13 de março de 2007, Caso *Thin Cap Group Litigation*

<sup>121</sup> Que aliás, como se viu, não esteve imbuído de tanta praticabilidade, dado o facto de ter sido sentida a necessidade de emissão da Circular 7/2013.

<sup>122</sup> Nabais, José Casalta, [Ob.cit – p.375]

<sup>123</sup> Nabais, José Casalta, “Presunções inilidíveis e princípio da capacidade contributiva”, in Fisco, N.º 84/85, Set. – Out. 1998, Ano IX, Editora Lex, pp 85 - 95

norma por violação do princípio da Igualdade, ínsita no artigo 13.º da Constituição da República Portuguesa, uma vez que conferia diferente tratamento a situações entendidas como não diferenciáveis. José Casalta Nabais andou mais longe e considerou, em anotação àquele Acórdão, que “(...) a norma que foi objecto de controlo da constitucionalidade no Ac. ora em anotação também é inconstitucional em si mesma na medida em que permite a tributação de situações sem qualquer suporte na capacidade contributiva. Na verdade, ao obstar, em termos absolutos, à possibilidade de o contribuinte provar a eventual insuficiência ou mesmo ausência de manifestações da respectiva capacidade contributiva, uma tal norma pode constituir-se em suporte duma tributação em que está de todo ausente o critério da capacidade contributiva.”<sup>124</sup>. Seguimos de perto o entendimento deste autor, na medida em que consideramos que a “presunção” de obtenção destes rendimentos que a Lei toma como certa não respeita os ditames constitucionais do Princípio do rendimento real (n.º 2 do artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa) que, concedemos poder curvar-se, quando assim se entenda útil e benéfico, ao princípio da praticabilidade na aplicação do Direito, mas não pode demitir-se de ser o crivo que, democraticamente, foi entendido como norteador do apuramento e quantificação do imposto sobre as sociedades.

Funcionando como um limite que atua sobre os valores integrais dos encargos com o financiamento sem recurso a qualquer outro tipo de teste ou requisito, naturalmente que podem equacionar-se diversas questões da valia dos testes em que se baseia o artigo sob escrutínio enquanto cláusula anti-abuso de combate à diminuição da base tributável por via desta dedutibilidade. Não restam dúvidas que cumpre trazer à colação os Princípios da Capacidade Contributiva e da Tributação pelo Lucro Real cfr. n.º 2 do artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa), em sede de tributação sobre o rendimento das empresas, como uma das balizas que deve nortear a fixação da incidência tributária e sob o selo dos quais devem ser aprovados os mecanismos de correção à matéria tributável. Nos termos do Professor José Casalta Nabais, o princípio do rendimento real é “(...) uma explicitação dos princípios da capacidade contributiva e da igualdade fiscal. O que implica que a tributação do rendimento real seja, por imposição

---

<sup>124</sup> Nabais, José Casalta, “Presunções”, p. 94

*constitucional, a regra da tributação do rendimento empresarial.”. Com uma intransigência ainda mais acérrima que a do seu colega, o Professor Saldanha Sanches afirmava: “Se olharmos para o sistema fiscal tal como o temos hoje é fácil de ver que nele coexistem dois tipos de tributação: a tributação moderna de acordo com a capacidade contributiva revelada pelo rendimento e formas moldadas por modos mais primitivos de a determinar ou intuir. A que falta qualquer tipo de legitimidade.”. É importante reter destes dois contributos que, independentemente da forma como o enquadramento fiscal se apresenta atualmente, isto é, mais permissivo ao apuramento do rendimento tributário por outras vias que não pela estrita via da contabilidade tendente ao apuramento do rendimento real, certo é que a linha norteadora da construção portuguesa a nível fiscal é orientada pela linha da tributação efetiva real, como expressão da capacidade contributiva. Tal permite adaptar tanto quanto possível o nível de tributação à realidade económica de cada agente bem como do tecido empresarial enquanto todo, na prossecução até agora mais certa do Princípio da Igualdade material, vertido no brocardo *tributar de igual forma o que é igual e de forma diferente o que é diferente*. Efetivamente, a fixação de um valor ou percentagem como limites à dedutibilidade dos encargos líquidos com o financiamento, apesar da facilidade de aplicação que conduz à redução dos custos de cumprimento por parte das Autoridades Tributárias e, bem assim, por parte dos próprios contribuintes, não se coaduna com a existência de um princípio da tributação pelo rendimento real pois impõe um fosso entre os custos que poderão e não poderão ser deduzidos, eliminando liminarmente estes últimos sem qualquer atenção à efetiva ocorrência dos mesmos e às razões económicas que poderão estar por detrás da assunção daqueles gastos. Volta a chamar-se a atenção para o facto de este valor atuar como uma cláusula anti-abuso, e não como uma cláusula de exceção à aplicação da limitação da dedutibilidade onde a fixação de um valor absoluto seria inevitável posto que alicerçada em testes econométricos, pelo que se propugna pela incompatibilidade desta técnica legislativa com os princípios basilares referidos anteriormente.*



- Finalmente, mas ainda neste sentido, devemos apontar para a decisão emitida pelo Tribunal Federal Tributário (*Bundesfinanzhof* – BFH.) em 14 de outubro de 2015<sup>125</sup>, remetida para o Tribunal Constitucional (*Bundesverfassungsgericht* – BVerfG.) daquele Estado<sup>126</sup> para decisão, sobre a qual ainda não emitido qualquer parecer (nem parece que poderá materializar-se tão cedo dada a recentidade e o mediatismo que envolve a decisão e a *questio decidendi*.

Resumidamente, estava em causa na decisão daquele tribunal a aplicação da barreira à limitação da dedutibilidade dos juros (*Zinsschranke*) a uma entidade atuante no setor imobiliário, pertencente a um grupo doméstico alemão, cujo objeto de atividade se centrava na construção, aquisição, venda, gestão e manutenção de propriedade imobiliária. No decurso de uma inspeção pela Autoridade Tributária alemã, encargos com financiamento atingiram € 5.000.000 (cinco milhões de euros) nos períodos de 2008 e 2009, os quais foram limitados até 30% do EBITDA, conforme norma alemã presente no § 4-h) do *Einkommensteuergesetz* (EStG) em conjunto com a norma do §8 e §8ª do *Körperschaftsteuergesetz* (KStG). Devido a uma operação de reorganização ocorrida em 2009, foi precluída a oportunidade de ainda deduzir os encargos excessivos que haviam sido submetidos ao mecanismo de salvaguarda de *carry-forward*.

No âmbito daquela decisão, o Tribunal Federal Tributário alemão considerou que a norma da limitação à dedutibilidade dos juros se encontra em violação da Constituição daquele país, designadamente no que toca ao princípio do rendimento líquido<sup>127</sup> o qual, por definição, permite a dedução de todas as despesas efetivamente relacionadas com a atividade tributável. No que toca ao caso concreto, aquele tribunal considerou a violação ainda mais flagrante, dado que os objetivos de combate à evasão por parte da norma não se encontravam cumpridos, uma vez que a situação factual se reportava a um grupo

---

<sup>125</sup> Decisão “I R 20/15” de 14 de outubro de 2015 (publicada a 10 de fevereiro de 2016), disponível (em alemão) em: <http://juris.bundesfinanzhof.de/cgi-bin/rechtsprechung/druckvorschau.py?Gericht=bfh&Art=en&nr=32731>

<sup>126</sup> A decisão será alvo de descrição factual e de maior desenvolvimento em sede de Capítulo de Direito Comparado, nomeadamente relativo ao Direito Alemão, pelo que se tomará nota, nesta sede, dos argumentos discutidos em Tribunal e da sua eventual aplicabilidade à norma do artigo 67.º do CIRC.

<sup>127</sup> Cfr. Parágrafo 28. da decisão comentada (em alemão), disponível em: <http://juris.bundesfinanzhof.de/cgi-bin/rechtsprechung/druckvorschau.py?Gericht=bfh&Art=en&nr=32731>

meramente doméstico, não havendo risco de que o rendimento estivesse a ser transferido para outra jurisdição e a fugir à competência tributária alemã.

No seguimento do seu entendimento, o Tribunal Federal Tributário alemão reportou a questão da constitucionalidade ao Tribunal Constitucional alemão (*Bundesverfassungsgericht*), onde para agora a questão para apreciação por parte deste órgão.

É de notar que a decisão em apreço incide sobre a principal apreciação que fazemos da norma portuguesa – a violação do princípio da capacidade contributiva, na sua vertente de tributação pelo rendimento real –, que se encontra baseada nas normas alemã e italiana de limitação à dedutibilidade dos encargos, e que portanto poderá vir a ser importante seguir a decisão que for emitida do órgão constitucional alemão, para efeitos de antecipação do que à norma portuguesa pode vir a acontecer. Por enquanto, contudo, e porque as previsões de emissão de uma decisão por parte do Tribunal Constitucional alemão estão a ser feitas com o desfasamento de anos, apenas nas especulações profissionais e doutrinárias podemos encontrar algumas opiniões sobre a questão factual decidida.

- Diversificando os argumentos, alertamos agora para a existência do artigo 73.º da Lei Geral Tributária, cuja redação estatui o seguinte: “*As presunções consagradas nas normas de incidência tributária admitem sempre prova em contrário*”. Ana Paula Dourado é defensora de uma interpretação própria deste artigo, vendo nele um feixe tripartido de normatividade, contendo uma “(...) «proibição forte» de consagração de presunções *iure et de iure* [que] diz respeito à própria existência de rendimentos (...); [uma] «recomendação de não utilização» de tais presunções [dirigida] às normas de incidência oneradoras do sujeito passivo; e a «não proibição» diz respeito às normas de incidência em sentido amplo que permitem chegar ao rendimento líquido ou considerar despesas que diminuam a capacidade contributiva”<sup>128</sup>. Não nos parece justificável, no entanto, distinguir situações de presunção de rendimento e situações de presunção de menor gasto, permitindo a umas situações a contra-prova e a outras não, uma vez que ambos se traduzem na maior tributação do Contribuinte, através da adulteração da

---

<sup>128</sup> Dourado, Ana Paula, [ob.cit. p. 615];

realidade, seja por que razão for. A verdade é que, em termos de igualdade horizontal, estranhar-me-ia uma solução que permitisse a um Contribuinte provar a não obtenção de lucros quando estes tivessem sido imputados pela AT, ao passo que a outro não seria dada a mesma possibilidade de contraprova nos casos em que a AT desconsiderasse certos gastos, relacionados com a mesma situação. Em função da substância sobre a forma dos factos, e tendo em conta a redação do artigo 73.º que, no nosso entender, acalenta pouca necessidade de recurso aos critérios de interpretação do artigo 9.º do CC que não o da literalidade da lei, consideramos este um argumento em relação à conformação essencial a conferir ao artigo 67.º do CIRC: efetivamente, ou bem que se associa a interpretação do artigo 67.º do CIRC ao artigo 73.º da LGT, e aí entende-se que estamos perante uma norma que cria apenas uma presunção *juris tantum* – embora tenhamos expressado a nossa dúvida quanto à qualificação como presunção, uma vez que nos parece mais corretamente que a norma estipula uma estatuição para um conjunto de factos determinados, acometendo-lhes uma regulação como se de gastos não dedutíveis se tratasse – ou bem que, na nossa conceção, esta norma deverá ser considerada inconstitucional por via da violação do Princípio da Tributação pelo rendimento real.

Por via dos argumentos apresentados acima, entendemos que existem bases para que a norma do artigo 67.º do Código do IRC seja considerada inconstitucional à luz do desrespeito pelo Princípio da Capacidade Contributiva e do seu corolário do Princípio pela Tributação do Rendimento Real, de sede no n.º2 do artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa.

É nosso entender, de igual modo, que a mesma não é totalmente apropriada para os objetivos que prossegue, na parte em que sujeita todas as entidades a uma limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros, sem se preocupar em estabelecer um mínimo de conexão entre as realidades que devem ser submetidas a escrutínio e a solução apresentada: nesta medida, consideramos a norma desadequada ao cumprimento dos desígnios de combate à evasão fiscal em Portugal, pela manifesta desadequação ao universo económico português que pensamos ter deixado comprovado atrás, mas também desproporcional no sentido de ir mais além do que o necessário para evitar o abuso em situações para as quais nem se identificou uma prática abusiva efetiva, não permitindo sequer ao Contribuinte evidenciar, salvo interpretação conforme ao artigo 73.º que se deixou salvaguardada, a razoabilidade económica por detrás das operações incorridas.

## II - Gastos líquidos com o financiamento e a legislação internacional<sup>129</sup>

A atuação internacional na área fiscal, excluindo de momento iniciativas regionais mais específicas, como dentro da União Europeia, não tem conseguido manter-se a par dos desenvolvimentos factuais que se multiplicam naquela área. As Convenções para evitar a Dupla Tributação, elementos preciosos que, ainda que contando com alterações paulatinas aos Comentários do Modelo da Convenção OCDE, floresceram no último século como mecanismos efetivamente úteis na conformação de situações de tributação transnacional, operam apenas bilateralmente e no sentido de evitar a dupla tributação, não permitindo uma regulação concertada de situações o mais das vezes plurinacionais, nem de situações de dupla não tributação. Aliado à fungibilidade própria dos valores monetários e à crescente integração dos mercados num contexto internacional, as regras existentes mostraram-se diversas vezes ineficazes no combate a situações de planeamento abusivas, e cresceram proporcionalmente os mecanismos de evasão e de planeamento que se aproveitam das dinâmicas permitidas entre

---

<sup>129</sup> Sobre este tema consulte-se a bibliografia produzida pela OCDE – Organização para a Cooperação e Desenvolvimento Económico, que desde 2013 tem desenvolvido o seu plano de ação contra a evasão fiscal e diminuição da base tributável que conta já com diversos documentos: OECD (2015), Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD ([www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statements-2015.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statements-2015.pdf)); OECD (2015), Executive Summaries 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD; OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>); BEPS Action 4: Interest Deductions and other Financial Payments – Public Discussion Draft, Dezembro 2014, OCDE;

De outras fontes externas, mas ainda sobre o Relatório BEPS e a sua evolução, leia-se: Deloitte, OECD Tax Alert, International Tax, 6 October 2015; Deloitte, “BEPS: Frequently Asked Questions and Answers”, Tax and Legal, June 2015;

as legislações de diferentes Estados. De tal modo que, de acordo com conclusões da OCDE<sup>130</sup>, as perdas decorrentes de esquemas de evasão fiscal e diminuição da base tributável estimam-se entre 100 e 240 bilhões de euros anuais, aproximadamente 4% a 10% das receitas relacionadas com Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas globais.

Num mundo em que a crescente disseminação de informação alerta consciências para situações em que o tratamento fiscal a que são sujeitos certos contribuintes é, no mínimo, desconfortável, perante a evidência do descrédito que muitas pessoas alimentam em relação à Fiscalidade nos seus países atualmente, mas igualmente no sentido de restaurar em certa medida a relação entre tributação de rendimento e geração/criação de valor do mesmo, o G20<sup>131</sup> instilou na OCDE a iniciativa de estudar e desenvolver um projeto que adereçasse a questão da erosão da base tributável e da transferência indevida de lucros entre jurisdições, não só em termos de formação de um entendimento sobre a matéria, mas também da criação de um plano de ação através do qual se pudesse combater aquela realidade. Este pedido foi formalmente realizado em 2012, e incentivado quando os membros do G20 declararam à OCDE o seu apoio perante iniciativas relacionadas com transparência fiscal e medidas de prevenção de erosão da base tributável e transferência de lucros.

---

<sup>130</sup> OECD (2015), Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD ([www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statements-2015.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statements-2015.pdf)), p.4

<sup>131</sup> G20, ou Grupo dos 20, é um grupo formado por Ministros das Finanças representantes das maiores economias mundiais (África do Sul, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Brasil, Canadá, China, Coreia do Sul, Estados Unidos, França, Índia, Indonésia, Itália, Japão, México, Reino Unido, Rússia, Turquia) e da União Europeia, que tem por objetivo o estudo, discussão e promoção de iniciativas sobre questões que afetem a economia global e o sistema financeiro.

## Plano de Ação BEPS

O propósito da OCDE ao desenvolver os planos de ação contra o BEPS pode ser entendido ao ler-se o Relatório “Addressing Base Erosion and Profit Shifting”<sup>132</sup> (OCDE, 2013), em que é dito: “(...) *no single tax rule on its own enables BEPS; it is rather the interplay among diferente issues that makes it possible. Domestic laws and rules that are not co-ordinated across borders, international tax standards that have not always kept pace with the changing global business environment and a pervasive lack of relevant Information at the level of tax administrations and policy makers combine to provide opportunities for taxpayers to undertake BEPS strategies.*”<sup>133</sup>.

Neste contexto, foi logo em fevereiro e julho de 2013 que a OCDE emitiu dois documentos<sup>134</sup> em que aborda a problemática do BEPS inserida num contexto global concluindo que, face às regras ineficazes existentes na altura, 15 ações deveriam ser desenvolvidas até ao final de 2015 no sentido de apresentar soluções.

A estruturação das 15 medidas propostas<sup>135</sup> foi pensada e delineada à luz de 3 pilares distintos que orientaram os trabalhos preparatórios. São eles:

- a criação de coerência entre os sistemas fiscais, a nível internacional, com o objetivo de combater a existência de falhas, incongruências, desencontros ou motivos de colisão resultantes da interação das diversas legislações nacionais;

---

<sup>132</sup> OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

<sup>133</sup> Tradução livre: “Nenhuma regra por si só permite a evasão fiscal e a diminuição da base tributável; é, sim, a interligação entre diversas regras e matérias que as torna possíveis. Regras nacionais e regras que não se encontram coordenadas além-fronteiras, *standards* de tributação internacional que não se atualizaram em função do desenvolvimento do mercado internacional global e falta de informação ao nível das autoridades tributárias e dos legisladores contribuem para providenciar oportunidades aos contribuintes para seguirem estratégias conducentes à evasão fiscal e à diminuição da base tributável.”

<sup>134</sup> Em 12 de fevereiro de 2013 foi emitido o Relatório “*Adressing Base Erosion and Profit Shifting*” onde a OCDE constata a urgência na temática do BEPS e elabora sobre o estado da questão naquele momento inicial, avaliando o impacto que os modelos económicos e de gestão empresarial tem sobre ela, não esquecendo o enquadramento da questão à luz dos princípios de tributação internacional; em 19 de julho de 2013, a OCDE emite o “*Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting*”, onde é estabelecido um plano de ação e onde são descritas as medidas a serem desenvolvidas no âmbito do projeto BEPS, bem como apresentados previsões de metas temporais e de métodos a aplicar na realização do trabalho.

<sup>135</sup> OECD (2013) Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10-1787/9789264202719-en>. Para um resumo das ações consultar, neste documento, as páginas 14 a 26.

- o reforço do papel de critérios de substância sobre a forma no contexto internacional;
- a prossecução da transparência e segurança nas operações realizadas e no combate à assimetria informativa entre agentes públicos e privados.

Atento o comportamento geral das empresas face à dedutibilidade dos encargos financeiros, nomeadamente no que toca à obtenção de empréstimos por empresas multinacionais que escolhem a origem (em termos de natureza e de local) do seu endividamento consoante a dedutibilidade fiscal aí permitida, a OCDE decidiu eleger a dedutibilidade destes custos como um objeto da ação concertada no sentido da eliminação das práticas abusivas que se vêm fazendo sentir. Neste contexto, o objetivo da OCDE é *limitar a diminuição da base tributável através da dedução de juros e outras compensações financeiras*. Neste sentido, e na sequência de diversos documentos que foram trilhando o caminho do enquadramento da temática, a OCDE e o G20 emitiram, a 5 de outubro de 2015, o Relatório Final – Ação n.º 4 – Limitação da diminuição da base tributável através da dedutibilidade de juros e outros encargos com o financiamento<sup>136</sup>, doravante “Relatório”, sobre o qual nos debruçaremos.

A principal preocupação da OCDE centra-se, portanto, no modo como a orientação e manuseio do financiamento e das correspondentes despesas pode alterar a carga tributária num e / ou noutro Estado, tanto a nível dos *inbound* como dos *outbound* investments<sup>137</sup>, recriando situações de dupla não-tributação. Este ponto fulcral na problematização realizada pela OCDE encontrava-se plasmado no capítulo inicial da versão preliminar do Relatório sobre a Ação n.º 4, submetida a discussão em fórum público internacional entre 18 de dezembro de 2014 e 6 de fevereiro de 2015<sup>138</sup>, sob o parágrafo: “*Action 4 of this plan stresses the need to address base erosion and profit shifting using deductible payments such as interest that can give rise to double non-taxation in both inbound and outbound investment scenarios. From an inbound perspective, concerns focus on excess interest deductions*

---

<sup>136</sup> OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponível em: <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>

<sup>137</sup> *Inbound investments* são investimentos de origem estrangeira, realizados por Não-Residentes num dado país. *Outbound investments* são investimentos realizados por Residentes de um dado Estado noutro Estado diverso.

<sup>138</sup> **OECD (2014)**, BEPS Action 4: Interest Deductions and Other Financial Payments – Public Discussion Draft, OECD Publishing, Paris, p. 2. Disponível em: <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-action-4-interest-deductions.pdf>

*reducing taxable profits in operating companies even in cases where the group as a whole has little or no external debt. From an outbound perspective a company may use debt finance to produce tax exempt or deferred income, thereby claiming a deduction for interest expense while the related income is brought into tax later or not at all.*”<sup>139</sup> [sublinhado nosso]

A OCDE pretende assim, com este Relatório, abordar um conjunto de problemas identificados e que decorrem da descrição feita acima, fazendo face aos seguintes pontos:

- **Erosão da base tributável e transferência artificial de lucros:** ponto escolhido como primordial e de resolução consertada mais premente por parte dos Estados envolvidos da preparação da Ação 4;
- **Diminuição de distorções em relação à competitividade:** a tendencialmente ilimitada dedutibilidade de despesas com o financiamento por parte de grupos multinacionais através de esquemas comporta uma preferência destes em detrimento de grupos puramente domésticos, a qual pode ser acentuada se falhar uma ação concertada que preveja o tratamento uniforme da tributação internacional.
- Adicionalmente, a questão da competitividade / neutralidade entre regimes prende-se igualmente com a diferença entre as vantagens e desvantagens conferidas a cada sujeito detentor, sendo de evitar discrepâncias entre detenções por sociedades ou por *trusts*, ou fundos, ou ainda por pessoas singulares;
- **Diminuição de distorções relativas ao investimento:** a criação de regras de limitação à dedutibilidade dos encargos de financiamento deve ter em atenção o impacto na estrutura de capitalização das sociedades ou, nomeadamente, na sua decisão de realocação para outros Estados porventura menos restritivos;
- **Evitar a dupla tributação:** as normas discutidas no âmbito da Ação 4 do Relatório da OCDE podem originar questões de dupla tributação nos seguintes casos: i) quando,

---

<sup>139</sup> Tradução livre: “A ação 4 deste Plano centra-se na necessidade de adereçar a questão da erosão da base tributável e da alocação artificial de rendimentos tributáveis através da dedutibilidade de pagamentos, como juros, que podem originar situações de dupla não-tributação quer em investimentos *inbound* quer *outbound*. Numa perspetiva de investimentos inbound, a preocupação tem que ver com a excessividade das deduções de encargos com o financiamento por entidades, mesmo quando o grupo em que se insiram tenha um endividamento externo reduzido ou nulo. Da perspetiva de investimentos outbound, uma entidade pode usar o seu endividamento para gerar rendimentos isentos ou com tributação diferida, aproveitando uma dedução no país de pagamento ao mesmo tempo que o correspondente rendimento é isento de tributação ou tributado posteriormente.



- sendo tributado o rendimento gerado pelo financiamento, haja tributação tanto a nível do rendimento percebido como a nível da não aceitação do gasto incorrido para o obter;
- ii) a entidade que recebe o juro continue a ser tributada em relação ao correspondente recebimento;
- **Diminuição de custos administrativos de efetivação das normas, bem como de *compliance costs* por parte dos agentes:** Uma das preocupações da OCDE na adoção de uma *best practice* será que, na sua criação e aplicação, a mesma seja escoreita na interpretação e aplicação, bem como eficiente a nível de gastos com a efetivação da mesma.
  - **Promoção da estabilidade económica:** Um dos objetivos da OCDE passa também pela promoção da estabilidade económica, pelo fomento da menor dependência das empresas em relação ao financiamento externo.

Como linha norteadora da sua abordagem ao tema, a OCDE segue no sentido exposto na Introdução do Relatório<sup>140</sup>: “[*Development of*] *recommendations regarding best practices in the design of rules to prevent base erosion through the use of interest expense, for example through the use of related-party and third-party debt to achieve excessive interest deductions or to finance the production of exempt or deferred income, and other financial payments that are economically equivalent to interest payments.*”<sup>141</sup>, ou seja, a recriação ou aproveitamento das normas fiscais correntemente utilizadas, tendo como base um entendimento comum sobre as regras que se demonstram mais eficazes no cumprimento dos objetivos do plano traçado, procurando atingir um consenso quanto às práticas mais sustentadamente eficazes no combate à diminuição artificial da base tributável e no atingimento dos restantes objetivos traçados.

No Relatório Final referente à Ação 4 – Dedutibilidade dos Gastos com o Financiamento (“Limiting Base Erosion involving Interest Deductions and Other Financial Payments”),

---

<sup>140</sup> **OECD (2015)**, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report [ob. cit], p.15

<sup>141</sup> Tradução livre: “Desenvolvimento de recomendações referentes a *práticas eficazes* a adotar na criação de regras de prevenção contra a erosão da base tributável através da dedutibilidade dos encargos com o financiamento, nomeadamente daqueles relacionados com financiamentos obtidos junto de entidades relacionadas com o objetivo de acumular despesas dedutíveis ou financiar rendimentos não tributáveis ou sujeitos a regimes preferenciais.”

consolidando as ações que vinham sendo propostas e dando conclusão à fase de pesquisa, discussão e conceção dos diversos planos de ação idealizados para combater o a evasão fiscal e a diminuição da base tributável, a OCDE sumarizou a abordagem definida quanto ao tema, propondo concretas medidas.

No campo da dedutibilidade dos gastos com o financiamento (Ação 4), entre outros, foi adotada uma política de recomendações, de modo a colocar os Estados adotantes num percurso legislativo de harmonização, ainda que sem obrigações impostas, com o objetivo de convergência paulatina sujeita a constante avaliação e posterior escrutínio sobre a necessidade de implementação de *standards* mínimos. Quer isto dizer que as recomendações oriundas da OCDE estão pensadas para ser implementadas nos vários Estados através de alterações legislativas internas, reformulação de CDT, em que se inclui a negociação para a criação de um instrumento de regulação multilateral, mas sem que haja por agora uma obrigação impositiva nesse sentido.

Em concreto, a recomendação oriunda do esforço conjunto sob a alçada da OCDE apresenta duas componentes:

- O cerne da iniciativa da OCDE pretende incutir nos Estados participantes a adoção de uma *fixed-ratio rule* (regra de percentagem fixa), que limita a dedutibilidade dos juros e dos encargos financeiros similares, após deduzidas as componentes de receitas com financiamentos (juros recebidos, por exemplo) a uma percentagem que pode variar entre 10% e 30% do EBITDA;
- Adicionalmente, e porque inúmeros grupos se encontram globalmente alavancados em financiamentos com entidades terceiras, é proposta uma segunda regra que pode trabalhar em conjunto com a primeira ou ser independente desta, e que adota um rácio baseado em fatores semelhantes aos da *fixed-ratio rule* (gastos com o financiamento líquidos pagos a entidades terceiras em função do EBITDA), tendo como referência os valores do grupo como um todo.

Tal regra, sendo uma regra que permite que uma entidade que integre um grupo multinacional possa deduzir uma porção dos seus gastos líquidos de financiamento que eventualmente ultrapasse a sua rácio nacional (*fixed ratio rule*) de modo a alinhar-se com a política de financiamento do grupo, permite que uma entidade deduza os gastos líquidos com o financiamento que suportar até ao mais alto dos dois rácios apurados –

ou aquele decorrente da fórmula da *fixed-ratio rule* ou aquele decorrente da *group-ratio rule*.

Em relação às quantias não aceites, a OCDE recomenda a possibilidade de *carry-forward* para períodos posteriores, ou o *carry-backwards* para períodos anteriores em que houvesse folga de dedutibilidade, ou ainda o *carry-forwards* de folgas não dedutíveis.

No entender da OCDE, “*This is a straightforward approach to apply and ensures that an entity’s net interest deductions are directly linked to the taxable income generated by its economic activity.*”<sup>142 143</sup>. No entanto, é fulcral atentar a que a regra não impossibilita um grupo multinacional de se financiar através de uma entidade que apresente melhores condições económicas e financeiras (taxas de juro bonificadas, facilidades de acesso ao mercado de capitais) e que posteriormente transmita esse financiamento a entidades relacionadas.

Por outro lado, a recomendação da OCDE passa ainda por prever a articulação destas duas regras de limitação à dedutibilidade com outras formas de adereçar o problema, cuja adoção está igualmente na inteira disponibilidade dos Estados, e cujo objetivo é o de flexibilizar a sua aplicação. São elas:

- Um patamar *de minimis*: patamar que funciona como um limiar mínimo de aplicação da regra, abaixo do qual as entidades com um valor de gastos com o financiamento líquidos inferior estão subtraídas à aplicação da regra;
- Uma exclusão relacionada com encargos com financiamentos pagos a entidades não relacionadas com o objetivo de financiar projetos de interesse público, uma vez que a ligação ao setor público reduz o risco de evasão fiscal.
- Possibilidade de reporte quer de encargos com o financiamento não deduzidos, quer de folgas geradas pelo não atingimento da percentagem de dedução pelos encargos apurados num dado exercício: esta possibilidade visa compensar a volatilidade de

---

<sup>142</sup> **OECD (2015)**, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, [ob. cit] p. 25.

<sup>143</sup> Tradução livre: “Esta [*fixed-ratio rule* assessorada por uma eventual *group-ratio rule*] representa uma abordagem direta, e assegura que as deduções de encargos com o financiamento líquidos se encontram diretamente ligados com a geração de lucro tributável pelas atividades económicas exercidas”.

rendimentos ou de despesas que a empresa possa registrar em certos períodos de tributação (por exemplo, aquando do início da atividade empresarial é natural que uma empresa registre mais encargos com o financiamento do que rendimentos)

- Por fim, o Relatório da Ação 4 reconhece que, dada a especificidade do setor, a regra de limitação à dedutibilidade dos encargos com o financiamento líquidos não se encontra ainda pensada para ser aplicada ao setor bancário e dos seguros, devendo ser submetida a um conjunto de atualizações e especificações quando direcionada para este setor.

Neste contexto, a fase que se segue à conceção das regras é igualmente importante, e é uma em que os diversos Governos concordaram em seguir uma concertação, encetando diversas iniciativas, nomeadamente ao nível da monitorização da implementação e efetivação de medidas adotadas, e da avaliação dos impactos ao nível tanto dos contribuintes como das autoridades tributárias.

Principalmente nos campos de ação onde a abordagem adotada foi a do consenso sobre boas práticas – como é o caso da Ação 4 –, os Governos reconhecem a reforçada necessidade de implementação e aplicação dos princípios, de modo a evitar que diferentes formas de implementação a nível nacional resultem na exponenciação de conflitos de interpretação e aplicação de regras.

No que se refere aos passos seguintes, a OCDE e os Estados pertencentes ao G20 irão prolongar a sua cooperação referente a matérias do BEPS até 2020, de modo a consolidar o trabalho realizado e acompanhar o processo de implementação.

O impacto desta iniciativa é significativo, tanto mais quanto o número de nações que responderam ao apelo inicial das organizações internacionais. O projeto contou com a participação direta de um total de 60<sup>144</sup> países, aos quais se juntou um número crescente de outros que participaram através de discussões regionais organizadas. Várias organizações internacionais concederam o seu *input* através de grupos de discussão, das quais destacamos o

---

<sup>144</sup> África do Sul, Albânia, Alemanha, Arábia Saudita, Argentina, Austrália, Áustria, Azerbaijão, Bangladesh, Bélgica, Brasil, Canadá, Chile, Colômbia, Coreia, Costa Rica, República Popular da China, Croácia, Dinamarca, Eslováquia, Eslovénia, Estados Unidos da América, Estónia, Filipinas, Finlândia, França, Georgia, Grécia, Holanda, Hungria, Índia, Irlanda, Islândia, Jamaica, Japão, Letónia, Lituânia, Luxemburgo, Malásia, Marrocos, México, Nigéria, Noruega, Nova Zelândia, Perú, Polónia, Portugal, Reino Unido, República Checa, Rússia, Senegal, Suécia, Suíça, Tunísia, Turquia e Vietname.

Fundo Monetário Internacional (FMI), a Organização para as Nações Unidas (ONU), o Fórum de Administrações Tributárias Africanas (*African Tax Administration Forum – ATAF*), o Centro de Encontro das Administrações Fiscais (*Centro de reencontre des administrations fiscales – CREDAF*) e o Centro Interamericano d Administrações Tributárias (*Centro Interamericano de Administraciones Tributarias – CIAT*).

Através das medidas implementadas pela OCDE espera-se limitar a incidência de esquemas que redundem em dupla tributação, assim como alcançar o alinhamento entre a origem dos lucros tributáveis e a localização do exercício das atividades económicas e da criação de valor, conseguindo uma melhoria na disponibilização de informação às autoridades tributárias.

### ***Conceito de Interest para efeitos do Relatório BEPS da OCDE***

Previamente a avançar para a discussão de quaisquer medidas que visem a limitação da dedutibilidade dos gastos com financiamento, é necessário desenvolver e limar – porque qualquer esforço de legislação na matéria apenas verá frutos se realizado numa ótica concertada entre os diversos intervenientes – um conceito de gastos de financiamento que obtenha o maior reconhecimento internacional possível.

Daí que, no entender da OCDE, foi primordial a reunião de diversos entendimentos, no sentido de criar um conceito de *interest* (juro) o mais abrangente possível a nível internacional, que obtivesse eco nas legislações do maior número de países intervenientes na discussão da questão.

Neste sentido, a OCDE fixou três grandes limitações relacionados com a utilização de uma eventual definição restrita de juros – a saber, uma que encarasse apenas os pagamentos resultantes da retribuição de empréstimos –, para efeitos de combate à limitação da dedutibilidade deste tipo de pagamentos<sup>145</sup>:

- Seria ineficaz no combate de questões de erosão da base tributária e fuga de rendimentos associadas ao pagamento de gastos com o financiamento, em função da prática atual;

---

<sup>145</sup> OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>, p.17

- Seria injusta, contribuindo para um tratamento diferente de contribuintes em igual situação económica, pelo simples facto de possuírem uma estrutura de financiamento diversa;
- Seria ineficiente, pois o seu objetivo poderia ser facilmente desvirtuado através da reestruturação de opções de financiamento.

Naturalmente que não é indiferente àquele organismo todas as divergências legislativas entre Estados, passíveis de esbater ou não com o tempo e a miscigenação própria do contacto no mundo atual, até mesmo porque existem razões de política fiscal que sempre irão conduzir a dicotomias de incidência tributária e de concretização dos conceitos legais. Neste sentido, a OCDE reconhece que, em última análise, cabe a cada Estado proceder à definição do que serão os *gastos com o financiamento*, à luz da sua próprias definições internas.

No entanto, parece importante ressaltar duas noções aquando da abordagem a uma definição como a pretendida: em primeiro lugar, é dito no Relatório que qualquer regra que verse sobre a matéria deve incluir no seu âmbito de aplicação não apenas juros de empréstimos mas também quaisquer outros pagamentos economicamente equivalentes, devendo estes últimos ser considerados quaisquer pagamentos relacionados com o financiamento de uma entidade e determinados através da aplicação de uma taxa fixa ou variável a uma obrigação principal pré-estabelecida como referência<sup>146</sup>. Em segundo lugar, e no que se refere ao preenchimento do conceito de *pagamentos equivalentes a juros*, a OCDE recomenda uma abordagem de “substância sobre a forma”<sup>147</sup>.

Chegados a este ponto, cumpre dar a conhecer os tipos de pagamentos que, no entender da OCDE, sem que contudo a lista seja exaustiva, devem integrar a definição de juros,

---

<sup>146</sup> Tradução não literal de: “(...) rules to tackle base erosion and profit shifting using interest should apply to interest on all forms of debt as well as to other financial payments that are economically equivalent to interest. Payments that are economically equivalent to interest include those which are linked to the financing of an entity and are determined by applying a fixed or variable percentage to an actual or notional principal over time.” in Relatório BEPS – Plano de Ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, Ação 4, OCDE, 2014, p. 17

<sup>147</sup> Tradução não literal de: “In deciding whether a payment is economically equivalent to interest, the focus should be on its economic substance rather than its legal form” in Relatório BEPS – Plano de Ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, Ação 4, OCDE, 2014, p. 17

pagamentos equivalentes a juros (“*interest and payments economic equivalente to interest*”), bem como quaisquer encargos relacionados com a obtenção de financiamento:

- Pagamentos em *profit participating loans*<sup>148</sup> (“*Payments under profit participating loans*”);
- Imputação de juros em obrigações convertíveis<sup>149</sup> ou obrigações de cupão zero<sup>150</sup>. (“*Imputed interest on instruments such as convertible bonds and zero coupon bonds*”);
- Quantias pagas no âmbito de financiamentos alternativos, como por exemplo financiamentos que sigam os moldes islâmicos (“*Amounts under alternative financing arrangements, such as Islamic finance*”);
- Custo financeiro de leasings financeiros<sup>151</sup> (“*Finance cost element of finance lease payments*”);
- Capitalização de juros relacionados com ativos ou amortização de juro capitalizado<sup>152</sup> (“*Capitalised interest included in the balance sheet value of a related asset, or the amortisation of capitalised interest*”);
- Quantias caracterizadas como juros ao abrigo da aplicação de regras anti-abuso (ex. Regras de preços de transferência) (“*Amounts re-characterised as interest under transfer pricing rules, where applicable*”);

---

<sup>148</sup> Um *profit participating loan* é uma espécie própria de financiamento em que o mutuante, por conceder capital, recebe como pagamento uma percentagem dos rendimentos da entidade mutuária, que pode incidir sobre o resultado da operação para que o financiamento foi concedido ou pode incidir sobre a totalidade dos rendimentos daquela.

<sup>149</sup> Obrigações convertíveis (“*convertible bonds*”) são obrigações que podem ser convertíveis, em determinadas alturas, em títulos de capital social da empresa (ações).

<sup>150</sup> “Obrigações emitidas a desconto não vencendo, por isso, juros periódicos. O rendimento gerado pela obrigação corresponde à diferença entre o preço de transacção e o respectivo valor nominal.” in Glossário do Banco de Portugal (<http://www.bportugal.pt/pt-pt/glossarios/paginas/glossario.aspx?letter=O>)

<sup>151</sup> Leasing financeiro constitui um contrato comercial através do qual o locador adquire um bem previamente escolhido pelo locatário, o qual será dado em utilização a este, contra o pagamento de um encargo (“uma renda”) que se pretende que cubra o valor do ativo e ainda uma margem de juro (a esta parte do juro dá-se o nome de custo financeiro). No final do contrato é concedida a opção, ao locatário, de adquirir definitivamente o ativo pelo valor residual.

<sup>152</sup> A capitalização de juros, e sua amortização, equivale a uma incorporação dos juros pagos por um financiamento cujo objetivo seja a construção de um ativo fixo amortizável / depreciável nos custos de produção desse ativo. Nesta situação, certas entidades podem optar por reconhecer o juro na totalidade do custo relacionado com o ativo, levando-o a depreciação anualmente pela vida útil do bem, nos termos do Decreto-Regulamentar n.º 25/2009 de 14 de setembro.

- Quantias equivalentes a juros pagos no âmbito de instrumentos derivados (“Amounts equivalent to interest paid under derivative instruments or hedging arrangements related to an entity’s borrowings”);
- Diferenças de câmbio<sup>153</sup> favoráveis e desfavoráveis (“*Foreign exchange gains and losses on borrowings and instruments connected with the raising of finance*”) – a OCDE considera que é debatível que as diferenças cambiais sejam considerados “pagamentos equivalentes a juros”, pelo que os Estados terão liberdade para definir de acordo com as suas regras internas se parte ou a totalidade destas diferenças cambiais deverão ser custos considerados equivalentes a juros, tendo assim em conta em maior ou menor medida a substancialidade da operação económica;
- Garantias prestadas no âmbito de financiamentos (“*Guarantee fees with respect to financing arrangements*”); e
- Comissões e outros custos similares relacionados com a realização de financiamento (“*Arrangement fees and similar costs related to the borrowing of funds*”).

No Capítulo 2 e no Exemplo 3 do Anexo D do Relatório Final<sup>154</sup> encontramos um conjunto de exemplos subordinados ao tema da definição do conceito de juros e de pagamentos economicamente equivalentes, sendo de destacar que a OCDE considera certos gastos impassíveis de concorrer para a definição pretendida, ao abrigo do que entendemos ser uma aplicação do princípio da substância sobre a forma e da flexibilidade.

A substância sobre a forma atua neste campo ao nível da definição e enquadramento das diversas realidades, sendo de atentar a um dos últimos parágrafos daquele documento em que é feita a ressalva no sentido de que qualquer pagamento, incluindo os que são abstratamente excluídos pela OCDE, poderão e deverão ver limitada a sua possibilidade de dedução quando integrem acordos que, tomados na sua generalidade, originem quantias que sejam economicamente equivalentes a juros.

---

<sup>153</sup> As diferenças de câmbio correspondem à diferença resultante da transposição de um determinado número de unidades de uma moeda para outra moeda, após a aplicação da taxa de câmbio definida de acordo com os valores relativos das respetivas moedas, podendo ser favoráveis ou desfavoráveis.

<sup>154</sup> **OECD (2015)**, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, [ob. cit] pp. 30 e 96/97, respetivamente



A flexibilidade, neste capítulo como em todo o Relatório, é um corolário da abordagem de melhores práticas seguida pela OCDE, entendendo esta que caberá sempre aos Estados, nas suas próprias definições do que sejam juros ou outros pagamentos economicamente equivalentes, alargar ou restringir a incidência objetiva da norma de limitação da dedutibilidade. Todavia, na adoção de uma definição mais constante e abrangente além-fronteiras caberá sempre a valia de maior certeza na aplicação das regras pelas entidades, bem como um combate mais direito e coeso aos temas da evasão fiscal e diminuição da base tributável a que se propôs aquele organismo inicialmente.

Neste ponto cumpre concluir, comparando a norma portuguesa com a definição presente no Relatório, que a legislação nacional faz boa figura em comparação com a legislação internacional proposta ao abrigo do Relatório Final da Ação n.º 4, adotando também uma noção flexível que encontra eco na alínea c) do n.º 1 do artigo 23.º e na sua definição de gastos aceites, bem como na cláusula aberta (“*designadamente*”) de definição dos gastos de financiamento líquido presente no n.º 12 do artigo 67.º do CIRC.

### ***Incidência subjetiva de regras de limitação à dedutibilidade***

Ponto diferente será aquele relacionado com a incidência subjetiva, onde se questiona a que entidades se aplicará a limitação dos gastos do financiamento.

Neste sentido, vale olhar para as entidades que estão instaladas no mercado e, tal como é recomendado pela OCDE, aferir, de um ponto de vista económico, o valor de exclusão abaixo do qual não só não se sujeitará qualquer entidade à desconsideração de gastos com o financiamento, como a partir do qual as restantes entidades estarão sujeitas a tributação pelo valor total dos seus gastos de financiamento líquidos. Aquele organismo é da opinião de que, efetivamente, apenas um teste económico será coerente para com o mercado, permitindo uma análise objetiva das condições de cada entidade face ao esforço de endividamento e ligando as quantias dedutíveis duma entidade à criação de valor (lucro) tributável.

Fala-se, neste ponto, na aplicação de um limiar *de minimis* abaixo do qual é reconhecido que as entidades que aí se posicionem apresentam um risco reduzido face aos objetivos de combate da evasão fiscal e diminuição da base tributável. Note-se que este limiar mínimo de não-tributação não pretende criar uma folga de isenção a aplicar a todas as entidades; pelo contrário, ela pretende marcar uma dicotomia entre o tratamento daquelas que ultrapassem e daquelas que fiquem aquém do referido limite, sendo que as entidades que ultrapassem o

limite verão a totalidade dos seus encargos com o financiamento sujeita à verdadeira medida de prevenção anti-abuso; adicionalmente, é recomendado pela OCDE que o limiar de referência tome em consideração o ambiente económico e de endividamento praticado em cada Estado: quer isto dizer, simplesmente, que de modo a atingir o seu fito de medida de prevenção anti-abuso, o limite que separa a sujeição da não sujeição deve ser adequado aos valores praticados em cada mercado nacional, coerente com o volume das empresas e o seu esforço de endividamento, com as taxas de juro praticadas e, naturalmente, propenso a revisões periódicas que se entendam relevantes, ante a mutabilidade do próprio mercado; finalmente, uma terceira ressalva é feita quanto à aplicação da regra de limitação dos gastos de financiamento em relação a grupos societários, na medida em que se pretende evitar que a segmentação da(s) atividade(s) de um grupo por diversas entidades dele integrante resulte na não sujeição das mesmas à regra presentemente em estudo: neste sentido a OCDE é clara em afirmar que, no seu entender, a aplicação do limiar *de minimis* deve basear-se no total dos gastos de financiamento líquidos apurados pelas entidades do grupo residentes no Estado Membro ou, quando este não seja pensado desta forma, que sejam antevistas regras que desconsiderem a multiplicação de entidades com o único objetivo de repartir os encargos com o financiamento e assim colocar-se abaixo do limiar *de minimis*.

Uma vez que, como na introdução deste capítulo foi mencionado, a evasão tributária e a diminuição da base tributária acontecem primordialmente em situações transnacionais torna-se da maior relevância garantir que a qualquer abordagem proposta pela OCDE seja *prima facie* aplicável às entidades inseridas em grupos multinacionais (ou seja, entre as quais haja relações de domínio diretas ou indiretas, e que se situem em ordenamentos jurídicos diversos).

No entanto, um país pode igualmente querer aplicar as regras de limitação da dedutibilidade a entidades que, ainda que em grupo, operam apenas internamente ou aos sub-grupos domésticos que integrem um grupo multinacional (grupo doméstico): é o caso que acontece com a norma portuguesa que, como deixámos atrás explicitado, se aplica às entidades portuguesas pertencentes a um grupo multinacional, em tributo à conceção de grupo fiscal patente no artigo 69.º do CIRC. Entendemos que uma tal adoção ocorrerá nos Estados Membros da União Europeia, decorrente de imposições comunitárias de não discriminação entre contribuintes residentes e não residentes de Estados Membros diferentes. Caso se opte por não adotar nenhuma regra que se aplique a este tipo de entidades, o apelo da OCDE é a utilização de outras regras anti-abuso que colmatem a não aplicação da limitação da

dedutibilidade a este tipo de entidades e assim se preveja alguma espécie de tratamento para os problemas abordados.

Dado o seu tamanho normalmente mais reduzido e a inexistência de partes relacionadas, a OCDE assume que, no âmbito de uma *best practice approach*, a *fixed ratio rule* não será de aplicar a entidades individuais uma vez que o tipo de evasão fiscal que elas podem conduzir não estará tão relacionado com os perigos identificados de transferência de lucros tributáveis entre grupos. No entanto, deve discutir-se a aplicação da norma de limitação da dedutibilidade dos encargos com o financiamento a estas entidades: não só porque, por um lado, o facto de a entidade ser pequena e operar isoladamente numa jurisdição não quer dizer que ela não seja detida por entidades estrangeiras (fundos, *trusts* ou *partnerships*) com as quais possam existir relações de financiamento que originem erosão da base tributável, mas principalmente porque os Estados Membro da União Europeia têm, mais uma vez, princípios comunitários a cumprir (Liberdade de Estabelecimento – vejam-se os artigos 49.º e 54.º do TFUE) de modo a que não se criem situações de discriminação entre os diversos agentes no mercado europeu, nomeadamente discriminação por questões de residência.

Neste sentido, a norma portuguesa optou por uma incidência lata, sujeitando todas as entidades à *fixed ratio rule* e conferindo a possibilidade de dedução no âmbito de uma cláusula de grupo. Considerámos que, pelo contrário, não tendo que ver com questões de incidência subjetiva, a norma do artigo 67.º do CIRC ostentava uma restrição demasiado onerosa para os sujeitos passivos que no seu âmbito eram inscritos, sem encontrar respaldo nos princípios constitucionais. Quanto à incidência subjetiva

### ***Medidas de combate à erosão da base tributável e transferência de lucros***

A questão sobre a forma mais indicada de combater a erosão da base tributável através da dedutibilidade com gastos de financiamento é uma que não terá solução fácil pois depende da abordagem adotada pelos diversos intervenientes.

Em discussão no seio da OCDE aquando da realização do Relatório BEPS – Ação 4, os países participantes encontraram consenso na importância de duas questões basilares: em primeiro lugar, se a criação de uma regra devia estar adereçada ao nível de gastos decorrentes e conexos com o financiamento ou se, por outro lado, deveria estar conectada com o nível de endividamento em si; em segundo lugar, se a dita regra deveria ter em atenção a situação financeira bruta da empresa (*entity's gross position*), considerando apenas os juros ou o

endividamento exclusivamente, ou se deveria focar-se na sua posição líquida (*net position*), retirando ou os juros e pagamentos equivalentes obtidos ou os ativos financeiros a cada uma das outras parcelas.

Na primeira questão, em defesa da primeira opção – utilização, como índice, do nível de gastos com o financiamento – encontramos as seguintes razões:

- Tendo em consideração a incidência objetiva proposta pela OCDE no próprio relatório, como partilhado acima, poderão existir situações em relação às quais não seja possível identificar correspondentes obrigações / financiamento, tornando difícil o cômputo do endividamento proposto como alternativa;
- O nível de endividamento, ao variar no tempo e ao possuir diferentes naturezas, pode não ser representativo da situação de uma empresa, ao passo que os pagamentos de juros ou equivalentes representam sempre (com flutuações ou não) a posição atual de uma entidade num dado momento do tempo, funcionando igualmente como reporte do endividamento da empresa;
- Tendo em atenção que o objetivo do plano BEPS na sua ação 4 foi o combate à erosão fiscal por via da dedutibilidade de gastos com o financiamento, sentido faz que a norma almejada para efeitos de limitação seja endereçada àquela realidade diretamente;
- A ligação da norma de limitação ao nível de endividamento *per se* não permite concluir sobre o nível de limitação que deve ser traçado, além de estar sujeita a desfasamento entre um valor de endividamento nominal reduzido e a prática de juros alta.

Em favor da promoção de uma regra de limitação dos gastos com o financiamento derivada do nível de endividamento da empresa encontramos as seguintes considerações por parte da OCDE:

- Uma regra baseada no nível de endividamento permite que uma entidade sujeita a uma taxa de juro mais elevada deduza mais gastos com o financiamento do que uma entidade com nível de endividamento semelhante, mas sujeita a uma taxa de juro inferior.
- O nível de endividamento de uma empresa pode ser estável e fácil de prever, ao contrário do nível de gastos com o financiamento que poderão estar sujeitas a flutuações do mercado, o que torna a viabilidade na estruturação de uma regra dificilmente avaliável.

Atentos os considerandos traçados acima, é opinião firmada da OCDE no capítulo VI acerca da incidência objetiva da norma, onde se baseia a informação anteriormente exposta referente ao tema<sup>155</sup>, que a norma jurídica a adotar pelos Estados deverá ser redigida no sentido de tomar como referência o montante dos gastos de financiamento, e não o nível de endividamento da empresa.

De tal modo, e passando para a segunda questão, cumpre dirimir eventuais dúvidas acerca do entendimento que deve ser tido em conta quanto ao cômputo dos gastos de financiamento, enquanto juros e outros gastos a ele equivalentes. Neste sentido, assume vital importância aferir se estes gastos deverão ser entendidos pelo seu valor bruto, i.e. tal como decorrem dos contratos e/ou operações que lhes são subjacentes, ou por outro lado, deverão ser apurados pelo seu valor líquido, após serem deduzidos dos rendimentos financeiros. É opinião da OCDE que, pesando os pontos favoráveis e desfavoráveis, a construção da regra fiscal deve atender à posição líquida da empresa em termos de gastos de financiamento, uma vez que considerar os gastos de financiamento brutos, apesar da facilidade de aplicação de uma tal regra, poderia suscitar questões de dupla tributação, já que o lucro tributável assente em rendimento de financiamentos obtidos seria tributado na totalidade enquanto parte dos encargos congêneres não poderia ser deduzido. No entanto, é importante notar que mesmo a referência aos gastos de financiamento líquidos não é imune a evasões na sua utilização, como atenta a OCDE, pelo que a opção por esta medida – semelhante à aplicada na legislação portuguesa aqui em estudo – pode e deve ser acompanhada de regras que fortaleçam a sua aplicação, nomeadamente no sentido de evitar que as entidades requalifiquem rendimentos e empolem o valor de encargos provenientes de financiamento para diminuir a base tributável, ou mesmo no sentido de contemplar a utilização de testes baseados nos gastos de financiamento brutos quando decorrentes de operações que sejam identificadas como especialmente arriscadas.

Todavia, dúvidas subsistem quanto à mais eficaz medida de combate à dedução excessiva de encargos com o financiamento. Em discussão encontram-se seis diferentes vias de conformar

---

<sup>155</sup> **OECD (2015)**, Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, [ob. cit] pp. 37 - 39

a referida limitação, todas atualmente consagradas na legislação fiscal de um ou outro território. São elas<sup>156</sup>:

- Regras que limitam a dedutibilidade dos gastos com o financiamento ou o endividamento com referência a um limite fixo (este pode ser relacionado com a razão endividamento/capital social, gastos com financiamento/EBITDA ou ainda gastos de financiamento/ativo detido).
- Testes numa ótica de grupo, que comparam o nível de endividamento de uma sociedade com a posição geral do grupo;
- Normas anti-abuso específicas, que excluem a limitação dos gastos com financiamento decorrentes de transações comerciais específicas;
- Testes relacionados com o *Arm's Length Principle*, que comparam o total de gastos com financiamento incorridos em certa operação com os gastos de financiamento normais decorrentes de uma mesma operação, quando realizada entre partes não relacionadas;
- Retenção na fonte no pagamento de juros, procedendo à alocação de competência tributária ao Estado da Fonte;
- Desconsideração direta de uma percentagem definida dos encargos financeiros incorridos, independentemente da origem ou destino dos mesmos.

---

<sup>156</sup> “Rules currently applied by countries fall into six broad groups with some countries using a combined approach that includes more than one type of rule:

1. Arm's length tests, which compare the level of interest or debt in an entity with the position that would have existed had the entity been dealing entirely with third parties.
2. Withholding tax on interest payments, which are used to allocate taxing rights to a source jurisdiction.
3. Rules which disallow a specified percentage of the interest expense of an entity, irrespective of the nature of the payment or to whom it is made.
4. Rules which limit the level of interest expense or debt in an entity by reference to a fixed ratio, such as debt/equity, interest/earnings or interest/total assets.
5. Rules which limit the level of interest expense or debt in an entity by reference to the group's overall position.
6. Targeted anti-avoidance rules which disallow interest expense on specific transactions.”

Tradução do parágrafo 11. da Introdução do Relatório BEPS – Ação 4 *in*, OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>), p. 19

O próprio Relatório emitido pela OCDE, que veicula o plano de ação proposto por aquele organismo, avança a exclusão das três últimas abordagens referidas, como liminarmente desaconselháveis no cômputo dos gastos de financiamento dedutíveis. De seguida procuraremos apresentar o ponto da situação referente a cada uma das propostas avançadas, bem como apontamentos de crítica e sugestão, fruto da colocação daquele plano de ação ao escrutínio de várias entidades reputadas em matéria fiscal, a nível internacional.

### **Limitação da dedutibilidade dos GFL em função de rácios económico-financeiros a nível interno**

As regras de limitação da dedutibilidade dos GFL em função de rácios económico-financeiros são o exemplo mais comum de como diversos Estados procuram combater a evasão fiscal verificada em sede de gastos com o financiamento líquidos.

Na ótica da OCDE, *“The premise underlying a fixed ratio rule is that an entity should be able to deduct interest expense up to a specified proportion of its earnings, assets or equity, ensuring that a portion of an entity’s profit remains subject to tax in a country. The underlying benchmark ratio is determined by a country’s government and applies irrespective of the actual leverage of an entity or its group.”*<sup>157 158</sup>

Diversos rácios, como tivemos oportunidade de avançar, podem ser eleitos para o combate aos problemas de diminuição da base tributável sendo que, no entanto, alguns são cabalmente colocados de parte pela OCDE no Relatório BEPS<sup>159</sup>. Cumpre desde já afirmar que o rácio endividamento / capital próprio é inicialmente rejeitado pelo Relatório, não por falta de razões de praticabilidade na obtenção de informação e aplicabilidade do mesmo, mas pela sua ineptidão em prosseguir os objetivos traçados, que são os de combate à erosão da base

---

<sup>157</sup> Relatório, p. 47

<sup>158</sup> Tradução livre: A premissa em que se baseia uma *fixed ratio rule* afirma que uma entidade deverá ser capaz de deduzir os encargos com financiamento até atingir um limite específico dos seus rendimentos ou ativos ou capital próprio, assegurando todavia que uma proporção dos seus rendimentos se mantém sujeita a tributação no Estado de residência. O rácio e proporção utilizados são determinados por cada Estado e aplicam-se independentemente da capacidade de financiamento da entidade e da sua posição no grupo em que se insira.

<sup>159</sup> Relatório BEPS – Plano de Ação para o combate à erosão da base tributária e à transferência de lucros, Ação 4, OCDE, 2014, p. 13

tributável – como aliás foi rejeitado em Portugal e em diversos países europeus no seguimento de jurisprudência do TJUE, como explanado em capítulo próprio. É entendimento vertido no Relatório que este teste, apesar da sua utilização ainda em diversos territórios, não é imune à manipulação concertada por parte de entidades de um mesmo grupo multinacional ou intranacional do denominador *capital próprio*, em função do qual se procederá à aferição da dedutibilidade dos GFL, aumentando assim artificialmente a margem de dedutibilidade dos mesmos. Neste sentido, de modo a corresponder ao princípio das boas práticas fiscais subjacente à realização do Relatório, este teste é consensualmente afastado aquando da elaboração do Relatório enquanto teste de aplicação exclusiva.

Por um lado, a OCDE indica que a grande valia da utilização de um rácio de dedutibilidade única (*fixed ratio rule*) é a facilidade na sua aplicação e administração, respetivamente por parte das entidades e por parte das autoridades tributárias, bem como a maior e mais definitiva possibilidade de utilização de valores relevantes a nível fiscal, em vez de ser necessária a articulação – muitas vezes criadora de divergências – com as informações contabilísticas.

No entanto, onde a regra fica aquém do esperado, e onde um limite fixo não permite porventura chegar tão longe como os testes numa ótica de grupo, é no combate à diminuição e realocação da base tributável de modo artificial num ambiente de grupo, uma vez que a regra aplicada genérica e abstratamente (por via de criação legislativa) num dado Estado não poderá ter em atenção nem as diferenças entre setores de atividade (quer na necessidade díspar de financiamento entre diferentes setores, quer na possibilidade de diferentes entidades dum mesmo setor tenham uma estratégia financeira diversa, ainda que irrepreensível) nem a coerência das regras entre diferentes Estados, o que poderá originar quer oportunidades de diminuição ou realocação da base tributável artificialmente, quer situações de dupla tributação (caso um Estado decida não incluir certa componente equivalente a juros na sua definição de gastos com o financiamento líquidos e outro já o faça, mas não permita a sua dedutibilidade). A inclusão de uma regra de grupo seria também importante de modo a colmatar uma aplicação unívoca da norma, sem ter em atenção a posição da entidade no seio do grupo em que se insere.

É opinião da OCDE que, ainda assim, a aplicação basilar de um teste estruturado numa *fixed ratio rule* é recomendada como *best practice* a adotar pelos Estados Membros



Tal como poderá ser observado para os testes numa ótica de grupo, o teste baseado em rácios fixos nacionais pode escolher aplicar um rácio cujo denominador seja o rendimento da entidade ou sejam os ativos detidos por ela.

Começando por um rácio baseado em ativos da sociedade, este teste funcionaria do seguinte modo:

	Single entity taxation			Group taxation
	A1 Co	A2 Co	Total	A1 Co + A2 Co
Total assets	4 000	6 000	10 000	10 000
x benchmark ratio	x 5%	x 5%	-	x 5%
= maximum allowable deduction	200	300	-	500
Actual interest expense	100	500	-	600
Interest expense disallowed (exceeding maximum allowable deduction)	0	200	200	100

**Figura 4: Fixed ratio rule – Apuramento do teto máximo de dedutibilidade por entidade individual através de rácio com referência a ativos detidos**

Fonte: “BEPS Action 4: Interest deductions and other financial payments – Anexo III”, OCDE, 18 de dezembro de 2014, p. 92

De acordo com a tabela acima, o teste passa pela escolha de uma percentagem a aplicar sobre o valor total dos ativos, a qual irá revelar o teto máximo de dedutibilidade dos gastos com o financiamento líquidos permitida. Este teto máximo será comparado ao valor de gastos incorridos pela empresa e servirá como limite à aceitação para efeitos fiscais dos encargos com o financiamento.

Podendo não estar intimamente ligado com os rendimentos gerados, como estará o próximo teste, o que facilitaria a ligação com o lucro tributável e a comparação deste com os encargos de financiamento dedutíveis, este teste estabelece a ligação com os ativos detidos por uma sociedade, o qual não deixa de ser uma via de combate à diminuição e realocação artificiais da base tributável, nomeadamente se for excluído do cômputo dos ativos o investimento em capital próprio que, originando muitas vezes rendimentos não tributados, pode e deve ser excluído do total dos ativos que servirá de base ao cálculo que o teste propugna.

A desvantagem revelada num teste baseado no total de ativos (corrigido) detidos pela empresa prende-se com a data de reconhecimento e com o método de valorização dos mesmos, associado a uma inerente possibilidade de deturpação dos valores contabilísticos, uma vez que este mecanismo pode ser utilizado pelas entidades para aumentar a capacidade dedutiva dos encargos com financiamento sem incorrer em aumento necessário dos rendimentos tributáveis

(aliás, diminuindo-o por via das amortizações e/ou depreciações correspondentes). Importante será, e muito alcançará uma regra que disponha neste sentido, que os valores que sirvam de base ao cômputo dos ativos sejam os valores relevantes para efeitos fiscais, embora tal não resolva todas as questões suscitadas em termos de reconhecimento e mensuração de ativos, nomeadamente com ativos fixos intangíveis.

Buscando um rácio assente no rendimento gerado pela empresa a OCDE, no seu Relatório, entende que, a nível nacional, é mais correto aproximar-se o mais possível do valor de rendimentos relevante para efeitos fiscais, após corrigido do valor de rendimentos isentos (p.ex. dividendos, ao abrigo do regime do *Participatin Exemption* ou da Diretiva Mães-Filhas) de modo a conduzir a correspondência dos gastos com o financiamento líquidos aos rendimentos efetivamente tributados e assim agir de acordo com um dos objetivos do programa BEPS que é a utilização de financiamentos para obtenção de rendimentos não tributados. Desta forma, a única maneira de aumentar a folga de dedutibilidade dos encargos com o financiamento seria aumentar os rendimentos tributáveis da entidade o que, de acordo com os objetivos da ação 4 do Relatório BEPS, funciona contra a diminuição da matéria tributável por via da dedutibilidade daqueles encargos.

De facto, fazer depender a dedutibilidade dos encargos com o financiamento dos rendimentos gerados pela empresa aproxima o teste proposto pela OCDE dos seus objetivos, assegurando que a capacidade de dedução dos encargos equivale à produção de rendimentos (tributados) e está interligada com a criação de valor pela empresa. Adicionalmente, uma regra que se encontre baseada no rácio com o EBITDA é uma regra que tenderá a ser mais robusta no combate contra a evasão fiscal, uma vez que mover artificialmente os rendimentos culminará na diminuição da folga de dedutibilidade dos encargos, agindo como um incentivo para a manutenção dos rendimentos nos Estados onde os mesmos são gerados.

A principal desvantagem desta regra consiste na volatilidade dos rendimentos gerados anualmente, que pode criar situações de incerteza quando à possibilidade de dedução presente e futura de gastos com o financiamento e assim agir como um entrave para as empresas se financiarem. Esta desvantagem, e uma vez que a OCDE se inclina para a abordagem previamente descrita como *best practice*, pode ser atalhada mediante a permissão de reporte quer de gastos com o financiamento que não possam ser deduzidos, quer de folgas decorrentes da não dedução daqueles encargos, como aliás é já aplicado em Portugal e em outros estados.

O apuramento do rendimento deverá ser feito, do ponto de vista daquele organismo, portanto, à luz do conceito de EBITDA, apurando uma percentagem deste rendimento que servirá como limite à dedutibilidade dos encargos com o financiamento líquidos. Cumpre, contudo, previamente, explicar que o apoio do teste no conceito de EBITDA resulta do facto de este ser já um indicador utilizado por uma maioria significativa de países, obtendo portanto consenso útil à eventual generalização da regra<sup>160</sup>, além de ser o índice mais completo para aferir da capacidade que uma entidade dispõe de cumprir com as suas obrigações relacionadas com financiamento, apesar de poder-se afirmar que privilegia as entidades com altas componentes de ativos fixos (uma vez que o cálculo do EBITDA não contempla os custos com amortizações e depreciações).

De acordo com o entendimento da OCDE, o valor de EBITDA deverá ser calculado através da soma ao lucro tributável dos gastos com o financiamento líquidos e das amortizações e depreciações, excluindo rendimentos isentos de modo a não perpetuar situações de financiamento para obtenção de rendimentos isentos. Este processo, que acabará por estar assente em valores decorrentes da aplicação das regras fiscais pelos próprios Estados – uma vez que parte do lucro tributável apurado anualmente – permite não só uma facilidade na sua aplicação, como também reduzir tentativamente o risco de que uma entidade com um EBITDA negativo tenha que pagar imposto por causa de uma limitação à dedução, além de tornar necessário que uma qualquer entidade aumente o seu lucro tributável se quiser garantir um aumento da dedutibilidade dos encargos com financiamento.

Assim, calcular a dedutibilidade de encargos com o financiamento à luz de uma *fixed ratio rule* envolve três momentos: 1) em primeiro, é necessário calcular o EBITDA da sociedade; 2) em segundo lugar, cumpre aplicar o nível de rácio definido legalmente ao EBITDA a considerar; 3) por último, deve determinar-se o máximo de gastos líquidos com o financiamento que é possível deduzir consoante a aplicação daquele rácio ao montante de EBITDA previamente apurado.

---

<sup>160</sup> Embora diversos países recorram igualmente ao conceito de EBIT, cuja diferença está na consideração das depreciações e amortizações para efeitos de apuramento do rendimento antes de imposto e de encargos financeiros, diminuindo assim o denominador sobre o qual se irão calcular as

	Single entity taxation			Group taxation
	A1 Co	A2 Co	Total	A1 Co + A2 Co
Earnings before tax	70	10	80	80
+ net interest expense	+10	+50	+60	+60
+ depreciation and amortisation	+20	+40	+60	+60
= EBITDA	100	100	200	200
x benchmark ratio (15%)	x 15%	x 15%	-	x 15%
= maximum allowable deduction	15	15	-	30
Interest expense disallowed (exceeding maximum allowable deduction)	0	35	35	30

**Figura 5: Fixed ratio rule - Apuramento do teto máximo de dedutibilidade por entidade individual através de rácio com referência a rendimentos**

Fonte: “BEPS Action 4: Interest deductions and other financial payments – Anexo III”, OCDE, 18 de dezembro de 2014, p. 92

De acordo com a tabela acima, podemos ver que calculando o valor do EBITDA (somando aos rendimentos antes de imposto o valor dos juros e das depreciações e amortizações de cada uma das sociedades individualmente consideradas), é este valor sujeito a uma percentagem previamente estipulada – no exemplo, 15% -, descobrindo-se assim o teto máximo de dedutibilidade permitido: neste caso, 15 v.a.

Como contrapartida negativa da presente regra, encontra-se o facto de os rendimentos apresentados por cada entidade poderem variar anualmente, sendo impossível estabelecer um padrão de teto máximo a aplicar. Adicional e consequentemente, uma vez que se procura através desta regra estabelecer um limite que seja o mais próximo possível do rendimento tributável, pode haver casos em que uma entidade que apresente prejuízos fiscais veja inclusivamente a sua matéria coletável ser corrigida para valores positivos em função da desconsideração de encargos financeiros naquele mesmo ano, o que cria situações em que, por causa de um EBITDA negativo que não permite a dedução de quaisquer encargos, a entidade apura um rendimento tributável. A OCDE avança que, como modo de atenuar esta volatilidade que um rácio assente em rendimentos imprime ao apuramento dos encargos com financiamento dedutíveis de ano para ano, pode ser prevista uma regra de *carry-forward* da folga de dedutibilidade não utilizada em anos anteriores.

Adicionalmente, mas a título conclusivo deste tema, apresenta-se um estudo conduzido paralelamente pela OCDE e vertido no Plano de Ação n.º 4 do Relatório que procura identificar os rácios de EBITDA aplicados por diversos Estados que já atualmente dispõem de

uma semelhante regra de limitação da dedutibilidade dos encargos com financiamento líquidos.

Box 3. Fixed interest to earnings (EBITDA) ratios in selected countries	
Finland:	25 per cent of EBITD calculated based on the taxable profit and loss account. The calculation is made by entity and adjusted by taking into account group contributions received or made.
Germany:	30 per cent of taxable EBITDA.
Greece:	30 per cent of EBITDA. Phased-in system according to which the percentage will reduce from 60 per cent in 2014 to 30 per cent in 2017.
Italy:	30 per cent of EBITDA, adjusted by adding rental payments under finance lease transactions.
Norway:	30 per cent of taxable EBITDA.
Portugal:	30 per cent of EBITDA, adjusted by excluding certain items such as income resulting from shares eligible for the participation exemption or attributable to a permanent establishment outside Portugal to which the option for exemption is applied. Phased-in system according to which the percentage will reduce from 70 per cent in 2013 to 30 per cent in 2017.
Spain:	30 per cent of operating profits adjusted by adding certain items such as depreciation and amortisation and financial income from equity investments.
United States:	50 per cent of adjusted taxable income, ie. EBITDA plus specific deductions taken into account when calculating the taxable income.

**Figura 6: Rácios aplicados, por país, no apuramento da dedutibilidade dos encargos com financiamento em face do referencial económico (EBITDA ou EBITD)**

Fonte: “BEPS Action 4: Interest deductions and other financial payments – Anexo III”, OCDE, 18 de dezembro de 2014, p. 92

161

Este ponto é realçado pela OCDE uma vez que a escolha de um rácio depende de diversos fatores mas, atendendo a que esta regra é pensada para aplicar-se ao longo de diversos territórios, talvez não haja ponto mais importante para garantir uma maior uniformidade entre Estados do que este, uma vez que apenas terá sentido aplicar uma limitação referente a uma percentagem do EBITDA num valor que cumpra os objetivos de diminuição e realocação

<sup>161</sup> “Tradução livre:

Finlândia: 25% do EBITD, calculado com base no lucro tributável. O cálculo é feito pela entidade e ajustado de acordo com acertos intra-grupo;

Alemanha: 30% do EBITDA fiscal;

Grécia: 30 % do EBITDA. Plano faseado de introdução da regra prevê redução de 60% em 2014 até 30% em 2017;

Itália: 30% do EBITDA, depois de ajustado (inserção dos rendimentos pagos no âmbito de locações financeiras);

Noruega: 30% do EBITDA;

Portugal: 30% do EBITDA, depois de ajustado (remoção de rendimentos de beneficiário de isenção trbutária (ex. dividendos da venda de ações compatíveis com o regime do *participation exemption*. Plano faseado de introdução da regra prevê redução de 70% em 2013 até 30% em 2017;

Espanha já não possui o regime presente nesta tabela;

Estados Unidos da América: 50% do lucro tributável ajustado (i.e., EBITDA corrigido de algumas deduções relevantes para efeitos fiscais).”

artificiais da base tributável. No entanto, de entre os vários fatores que poderão afetar a competitividade entre sistemas fiscais de diferentes países estão a taxa e o apuramento da base tributável, onde a possibilidade (ou não) de dedução de encargos com o financiamento desempenha um papel primordial. Assim, apenas uma escolha minimamente harmonizada de rácios de endividamento pode garantir que não haja favorecimentos entre Estados, nomeadamente se algum escolher um rácio superior, o qual permitiria uma maior dedução de encargos com o financiamento e assim inviabilizaria o cumprimento desta regra, garantindo maior competitividade àquele Estado.

A adoção de uma percentagem de 30% encontra-se em linha com a recomendação da OCDE, que fixa como melhor prática um corredor dentro do qual os Estados devem adotar a rácio que melhor atinja o objetivo de redução da evasão fiscal e redução da base tributável, atendendo à dinâmica do seu mercado e à composição do seu sistema fiscal. Este corredor procura, por um lado, permitir que a maioria dos grupos deduza uma quantia equivalente aos seus gastos líquidos com o financiamento obtido junto de entidades terceiras e, por outro, obstar ou reduzir a possibilidade dos grupos usarem juros de financiamentos intra-grupo como gastos com o financiamento líquidos dedutíveis para além dos encargos dedutíveis com financiamentos junto de entidades não relacionadas. Estudos relacionados com a percentagem de empresas multinacionais que seriam afetadas por diferentes percentagens de rácio de EBITDA foram apresentados na fase de consulta de entidades civis que seguiu a publicação do Relatório Preliminar, em 2014. Nessa altura, através de um estudo realizado pelo BIAC / PwC<sup>162</sup> foi providenciada informação sobre a quantidade média de entidades que seriam afetadas, e em que medida, pela introdução de diversas percentagens de rácios encargos líquidos / EBITDA. Tendo aquela informação sido atualizada posteriormente ao Relatório Preliminar, abaixo apresenta-se uma das tabelas vertidas no Relatório Final (Anexo B), e que indica a percentagem de empresas às quais seria permitido deduzir uma quantia equivalente aos seus encargos líquidos com o financiamento junto de entidades terceiras<sup>163</sup>:

---

<sup>162</sup> BIAC, após estudo conduzido pela PwC, apresentou informação financeira correspondente à aplicação dos rácios encargos financeiros/EBITDA para empresas públicas – ver Comments received on Public Discussion Draft – BEPS Action: Interest Deductions and other Financial Payments . Part 1, p. 179.

<sup>163</sup> Relatório Final, p. 88

Percent of EBITDA limit on net interest deductibility	Average 2009-2013	
	Non-MNC	MNC
5%	43%	47%
10%	55%	62%
15%	65%	72%
20%	72%	78%
25%	77%	83%
30%	81%	87%
35%	84%	89%
40%	87%	91%
45%	89%	92%
50%	91%	93%
55%	92%	94%
60%	93%	95%
65%	94%	96%
70%	94%	96%
75%	95%	96%
80%	95%	97%
85%	96%	97%
90%	96%	97%
95%	96%	97%
100%	97%	97%

**Figura 7: Percentagem de empresas multinacionais (MNC) e domésticas (Non-MNC) que poderiam deduzir a totalidade dos seus encargos financeiros, por percentagem do EBITDA praticada.**

Fonte: Relatório, p.88

Da visualização da tabela acima é possível comprovar que a grande quebra no aumento do número de entidades que podem deduzir os seus encargos líquidos com o financiamento junto de entidades terceiras situa-se ao nível dos 30%, ou seja, é explícito que um rácio de 30% do EBITDA permite que 81% das entidades não-multinacionais deduzam os seus encargos líquidos com financiamentos junto de entidades terceiras, ao passo que um rácio de 20% permite que apenas 72% (-9%) das entidades o façam, e que um rácio de 40% resulta em que 87% (+6%) das entidades possam deduzir aqueles encargos. Em relação às entidades multinacionais, o rácio de 30% permite que 87% das entidades deduzam os seus encargos líquidos com financiamentos junto de entidades terceiras, ao passo que um rácio de 20% permite que apenas 78% (-9%) das entidades o façam, e que um rácio de 40% resulta em que 91% (+4%) das entidades deduzam os seus encargos líquidos com financiamentos junto de entidades terceiras.

Na interpretação dos dados numéricos retira-se que o rácio de 30% é aquele em que o maior número de entidades pode deduzir os encargos líquidos com financiamentos junto de entidades terceiras, antes do aumento desse número de entidades dar-se menos significativamente. Ainda assim, a aplicar-se um rácio de 30%, as tabelas mostram que 43% das entidades não-multinacionais e 47% das entidades multinacionais conseguem deduzir a

totalidade dos seus encargos líquidos com financiamentos junto de entidades terceiras quando o rácio do EBITDA é de apenas 5%, o que lhes confere uma margem de dedução de outras encargos (nomeadamente, com financiamentos intra-grupo) de até seis vezes aquele rácio. Nesta medida, e procurando encontrar um equilíbrio entre a possibilidade de dedução a conferir às diversas entidades dos seus encargos com entidades terceiras e a limitação do risco de que grupos deduzam um excedente desmesurado face àquele valor, a recomendação da OCDE aponta no sentido de que seja aplicada uma *fixed ratio* cujo rácio entre gastos de financiamento líquidos e EBITDA caia dentro de um corredor de 10% a 30%.

Funcionando como um corredor de possibilidade, a OCDE reconhece que deve ser dada aos Estados a prerrogativa de definirem o rácio concreto a aplicar numa *fixed ratio rule*, em atenção aos seguintes fatores:

- Aplicação isolada de uma *fixed ratio rule* ou em conjunto com uma *group ratio rule*, que poderá ditar um rácio mais elevado na primeira situação do que na segunda, uma vez que o Estado visado poderá diminuir o rácio aplicado através da *fixed ratio rule*, na certeza de que para aquelas entidades que estejam alavancadas em financiamento estrangeiro, a *group ratio rule* permitirá uma maior margem de dedução, em linha com o financiamento do grupo.
- Aplicação de um rácio superior caso o Estado não preveja o reporte (para o futuro e para o passado – carryforward e carryback, respetivamente) de gastos líquidos com o financiamento ou de folgas criadas pela não dedução de encargos anteriores: não permitindo qualquer tipo de reporte, é inteligível que o Estado decida aplicar um rácio superior que não seja demasiado oneroso face aos encargos incorridos, procurando conferir uma margem de dedução que corresponda aos encargos com financiamentos junto de entidades terceiras; já quando a legislação de um Estado preveja mecanismos de reporte, as entidades serão tentadas a encarar aqueles montantes como ativos a utilizar no futuro (tanto mais quanto maior o limite do reporte), e assim não se verem desincentivadas a controlar os seus níveis de financiamento, acabando por perpetuar mecanismos de evasão fiscal e diminuição da base tributária, pelo que um rácio inferior permite, no mínimo, reduzir as quantias reportáveis;
- Aplicação de um rácio inferior caso o Estado preveja outras normas de combate à evasão fiscal e diminuição da base tributável: a título de exemplo, se um Estado previr uma norma anti-abuso que impeça a dedutibilidade de encargos gerados com o



financiamento tendente à obtenção de rendimentos isentos, tal diminuirá a pressão sobre a *fixed ratio rule* no sentido de capturar estas situações, podendo nestes casos ser aplicado um rácio superior;

- Aplicação de um rácio superior em paralelo com taxas de juro praticadas naquele Estado também elas superiores;
- Aplicação de um rácio uniforme (independente do risco que apresentem diferentes entidades) por via do cumprimento de exigências legais / constitucionais / europeias de tratamento não discriminatório de entidades;
- Pode também ser feita a opção por diferentes rácios consoante o tamanho dos grupos que exercerem a sua atividade nos Estados.

## Testes numa ótica de grupo

*“Group-wide rules limit an entity’s deductible interest expense with reference to the actual position of its worldwide group.”*<sup>164 165</sup>

Encarados como uma das vias possíveis para adereçar a questão da dedutibilidade dos encargos com o financiamento, os testes numa ótica de grupo representam uma oportunidade de alinhar a tributação (ou dedutibilidade de encargos para fazer face à mesma) num Estado-membro com a política de financiamento do grupo.

Efetivamente, caso uma regra de limitação à dedutibilidade seja introduzida num sistema isoladamente, existirão grupos, e entidades neles inseridas, que poderão ter uma rácio gastos de financiamento líquidos / EBITDA acima do *benchmark* imposto pela *fixed ratio rule*. Ora, tal pode acontecer por razões tão-somente económicas, como o facto de o setor de atividade a que pertence tal grupo ser um setor normalmente alavancado em financiamento; ou então, simplesmente, que aquele agente económico composto tenha, por razões económicas legítimas, baseado a sua estrutura de financiamento em endividamento externo. Ora, de modo a reduzir o impacto da *fixed ratio rule* em grupos que se encontrem mais apoiados em financiamento junto de entidades terceiras, a OCDE recomenda a adoção de uma *group ratio rule*, a qual permitiria a entidades dentro de grupos deduzir os gastos líquidos com o financiamento acima do montante permitido no âmbito de uma *fixed ratio rule*, até à concorrência de índices do grupo que tenham em atenção a rácio entre os gastos financeiros decorrentes de financiamentos junto de entidades terceiras sobre o EBITDA.

Tal regra poderá ser introduzida em conjunto ou separadamente com a *fixed ratio rule*, dependendo se o Estado decide aplicar o mesmo enquadramento legal e tendo em atenção a forma como entende que os elementos da previsão legal devem funcionar. Uma vez que segundo a OCDE, tal como expresso no Relatório final<sup>166</sup>, nenhum país aplica uma *group*

---

<sup>164</sup> Relatório, p.57

<sup>165</sup> Tradução livre: Os testes numa ótica de grupo limitam a dedutibilidade dos gastos com financiamento de uma entidade com referência à posição concreta do grupo multinacional.

<sup>166</sup> Relatório, p.58

*ratio rule* baseada na abordagem sugerida<sup>167</sup>, serão necessários estudos de operacionalização e de impacto, a desenvolver durante o ano de 2016. Qualquer que seja a abordagem adotada na conformação da *group ratio rule*, a OCDE confirma que a existência de uma *fixed ratio rule* é uma recomendação absolutamente fundamental a reter do Relatório final,

À luz do entendimento que, logo no início do Relatório, a OCDE vem expressar quanto ao apuramento líquido das despesas com financiamento, estes testes na ótica de grupo propugnam igualmente pelo cômputo líquido das despesas das diversas entidades pertencentes ao grupo antes de o fazer cruzar com qualquer limitação existente. Adicionalmente, a OCDE introduz uma premissa sobre a qual assentam estes testes, os quais devem assegurar uma ligação entre as despesas incorridas com o financiamento e um específico índice de atividade económica do grupo (EBITDA), para fins de apuramento da contribuição de cada entidade para o cômputo total do grupo. Devem, no entanto, ser deixados de fora, no cômputo dos gastos líquidos do grupo usados como numerador, os financiamentos praticados internamente, sendo que apenas contarão os encargos líquidos com financiamentos obtidos junto de entidades terceiras, uma vez que é essa realidade que se pretende que seja a bitola de avaliação da política de financiamento entre entidades do grupo.

Em primeiro lugar, de modo a precisar melhor os contornos desta abordagem, cumpre indicar o que se entende por “*grupo*”, para efeitos da recomendação da OCDE.

Tendo em conta a obtenção de informação para efeitos de aplicação da regra recomendada, para a definição de grupo cabe partir de uma consolidação a nível financeiro, entendida como integrando as entidades de topo (entidade-mãe), a cargos das quais está a consolidação de contas, e todas as entidades consolidadas linearmente<sup>168</sup> nas demonstrações financeiras de

---

<sup>167</sup> A abordagem da OCDE prima pela aplicação de uma *fixed ratio rule* e de uma *group ratio rule* baseadas genericamente na rácio GFL / EBITDA enquanto um número de países aplica uma *fixed ratio rule* baseada na rácio GFL / EBITDA combinada com uma *group ratio rule* baseada numa rácio entre capital próprio e ativos totais do grupo. É o caso dos exemplos dos ordenamentos jurídicos alemão e finlandês.

<sup>168</sup> Na perspetiva da OCDE, a definição de grupo para efeitos de aplicação de uma *group ratio rule* não deverá incluir entidades que sejam consolidadas tendo em conta métodos de equidade, consolidação proporcional ou métodos baseados no justo-valor. Deve sim incluir todas as entidades que sejam consideradas ao abrigo de um método de consolidação integral.

grupo. Vários exemplos estão vertidos nos exemplos 7a) a 7e) do Anexo D do Relatório Final<sup>169</sup>, dos quais se dão conhecimento abaixo:

- Entidades sob o domínio da mesma pessoa singular: nos casos em que duas entidades com respectivas subsidiárias, sem qualquer participação entre si, sejam detidas pela mesma pessoa singular, e uma vez que uma pessoa singular não pode ser considerada uma entidade para efeitos de consolidação de contas, coexistem dois grupos autónomos, a cada um dos quais cabe apurar uma consolidação fiscal própria. É de notar, no entanto, que estes grupos e a pessoa singular serão relacionados entre si, à luz das regras de Preços de Transferência, com impacto na qualificação dos financiamentos que entre elas se possam operar;
- De igual modo, entidades que não possam qualificar como entidades dominantes (*partnerships*, fundos de investimento, entre outros) não podem ser incluídas e não poderão agir como entidades dominantes de um qualquer grupo que factualmente exista e no qual detenham participações. O grupo terá que ser apurado a partir da sociedade com capacidade para consolidar a informação, incluindo as suas subsidiárias, sendo que também neste caso cumpre, todavia, qualificar corretamente as relações estabelecidas entre cada uma delas, à luz das regras de Preços de Transferência.
- Nas detenções de sociedades por diferentes entidades, é necessário ver qual a percentagem de detenção: nos casos em que a participação ou quaisquer outros acordos confirmam a detenção a uma entidade específica, a subsidiária será incluída no grupo dessa entidade detentora, incluindo a consolidação de contas efetuada realizada por esta entidade a sociedade subsidiária; nos casos em que não seja possível estabelecer uma detenção maioritária por parte de nenhuma das entidades detentoras, operando uma valoração da participação através da equidade, não estarão cumpridos os pressupostos identificadas pela OCDE, coexistindo pelo menos três possíveis grupos: o grupo da entidade detida e suas subsidiárias e dois possíveis grupos relacionados com cada uma das entidades detentoras de participações na entidade detida. Ainda que não seja possível confirmar a existência de um grupo para efeitos de consolidação financeira de

---

<sup>169</sup> OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, pp. 102 a 106

contas, cumpre sempre ter em atenção o relacionamento entre as mesmas, para efeitos de preenchimento do conceito de “entidades relacionadas”.

- Estruturas *holding* encimadas por sociedades de investimento, ainda que as participações financeiras sejam normalmente contabilizadas ao justo valor.

A escolha da consolidação de grupo pelo método de consolidação integral a nível financeiro não é despendida, uma vez que esta transparece informação mais objetiva e completa, além de mais próxima de consenso por parte de vários Estados.

Estando claro o universo de entidades e a forma como recai sobre elas a negação da dedutibilidade dos encargos com o financiamento, cumpre entender como opera a limitação da dedução no âmbito de um grupo.

Em primeiro lugar, e nos termos da recomendação da OCDE, é preciso determinar a percentagem entre os GFL do grupo em relação ao EBITDA deste.

No sentido de calcular os GFL do grupo, a OCDE pesa três abordagens que são tanto mais completas quanto são complexas na sua aplicação, no sentido de providenciar um cômputo dos GFL o mais transparente possível na ótica do grupo. Assim, apesar de recomendar que o ponto de partida sejam as demonstrações financeiras consolidadas, onde poderão ser encontrados os valores de rendimentos e gastos relacionados com a atividade financeira, para aquele organismo é claro que poderão o mais das vezes surgir situações em que os GFL apurados financeiramente estejam sobrevalorizados ou subvalorizados, consequentemente criando limites muito baixo (que permitem deduzir pouco ao nível das entidades individuais, e possivelmente criam situações de dupla tributação) ou limites muito altos (deixando de ter aplicação no combate à erosão da base tributável). De igual modo, o apuramento dos GFL exclusivamente baseado nos dados reportados a nível financeiro originarão uma forte dependência face aos *standards* contabilísticos aplicados em cada Estado, que por vezes apresentam disparidades na forma de contabilização das realidades, designadamente financeiras. Finalmente, a utilização de dados financeiros não ajustados poderá criar disparidades e volatilidade, originadas pela inclusão de medições ao justo valor de ativos e passivos financeiros incluídos como rendimentos e gastos financeiros. Assim, a OCDE recomenda um certo número de ajustamentos a realizar aos dados apurados diretamente das demonstrações financeiras, os quais se exemplificam abaixo:

- Remoção de pagamentos que não sejam equivalentes a juros, o que poderá incluir dividendos, ganhos/perdas na alienação de instrumentos financeiros, ganhos/perdas de justo valor em instrumentos financeiros e deduções nominais ao capital que não constituem obrigações de pagamento
- Incorporação de juros capitalizados: fazendo parte da valorização de um ativo, este é contabilizado como parte integrante do seu valor, e não como parte dos gastos com o financiamento, pelo que poderá ter que ser resgatado daqueles valores para vir incluir a base dos GFL apurados;
- Adição de rendimentos e gastos reconhecidos em diferentes rubricas de demonstração de resultados, nomeadamente custo de ativos, provisões, entre outros.

Para que tais ajustamentos possam ser computados, poderá já ser necessária uma atividade inspetiva por parte da Autoridade Tributária (mais ou menos incisiva), o que sempre trará custos acrescidos de efetivação da mesma regra. No entanto, onde os custos serão mais elevados será numa terceira abordagem proposta pela OCDE, que passa pelo apuramento de cada uma das componentes de encargos e rendimento relativo a financiamentos que possam, em cada período e para cada grupo, ser tidos como elegíveis para apuramento daqueles valores, e que porventura poderão não ser incluídos nos ajustamentos anteriormente identificados. No entanto, é necessário ter em atenção que tais valores poderão não estar diretamente vertidos nas demonstrações financeiras das empresas, pelo que esta abordagem apenas deve ser praticada caso o Estado que a identifique tenha consciência de que tem condições para levar a cabo processos de inspeção externas às entidades.

Em resumo a OCDE entende que, apesar de o ponto de partida dever encontrar-se nas demonstrações financeiras consolidadas, existem riscos que os GFL possam estar sobrestimados ou subestimados, que a maioria dos Estados quererá corrigir. O âmbito da correção pode ser feito através de medidas diretas de cálculo dos GFL ou através de ajustamentos direcionados a certas realidades mais comuns, ou ainda através de medidas indiretas<sup>170</sup> tendentes ao equilíbrio na resolução da divergência entre o apuramento dos GFL e a onerosidade inerente. Qualquer decisão sobre o âmbito de correção dos respetivos valores,

---

<sup>170</sup> Nomeadamente a atribuição de um *uplift* em 10% aos gastos de financiamento líquidos do grupo, de modo a aumentar a razão do grupo que se aplica posteriormente às entidades individuais.

ou seja, sobre a abordagem a adotar e sua incidência, irá ser ainda objeto de posterior estudo pela OCDE, nomeadamente ao nível da aplicabilidade, da obtenção de informação e das correções a realizar a cada uma das rubricas financeiras.

No cálculo do EBITDA, como denominador da rácio identificada acima, e tendo em conta a *best practice* seguida pela OCDE neste Relatório, deve partir-se do lucro tributável, ao qual se somam os GFL e as amortizações e depreciações<sup>171</sup>. Nos termos do Relatório<sup>172</sup>, a OCDE propõe-se a realizar um trabalho mais aprofundado sobre o apuramento do valor do EBITDA ao nível do grupo, nomeadamente na decisão de questões sobre se este valor deve integrar, e em que medida, rendimentos de dividendos, ver página 63 para completar.

Em segundo lugar, deve aplicar-se essa percentagem ao EBITDA individual da sociedade, de modo a computar a parcela de gastos de financiamento líquidos que não serão deduzidos.

Neste ponto coloca-se a questão de saber se, ao contrário ou em conformidade com o apuramento da rácio GFL/EBITDA ao nível do grupo (que contou com o cálculo de um EBITDA baseado na contabilidade, ainda que possivelmente ajustado), a percentagem apurada deve ser aplicada ao EBITDA da entidade prevista em termos contabilísticos ou fiscais. Determinar o EBITDA de uma sociedade com base na contabilidade desta seguirá o mesmo procedimento identificado acima para o apuramento do EBITDA de grupo, ao passo que o apuramento do EBITDA fiscal de uma entidade é equivalente ao seu lucro tributável somado dos valores de GFL e de depreciações e amortizações considerados para efeitos fiscais e determinados sob o efeito das regras fiscais aplicáveis (outras, que não regras específicas anti-abuso, essas aplicáveis no apuramento de qualquer um dos EBITDAs em questão).

Comparar o rácio de grupo, ainda que apurado com base em termos contabilísticos, ao EBITDA fiscal da entidade individualmente considerada está em linha com o cálculo dos rendimentos recomendado aquando da aplicação da *fixed ratio rule* e assegura que, enquanto

---

<sup>171</sup> Nos casos em que sejam incluídos, no cômputo dos GFL, os valores de capitalização de juros, tais montantes devem ser retirados aos valores de amortizações e depreciações, para evitar uma contagem dupla daqueles valores.

<sup>172</sup> OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p.63

abordagem para fazer face à diminuição da base tributável, a medida se encontra ligada ao lucro tributável gerado pela atividade económica da empresa. Já um EBITDA contabilístico será apurado, como se disse, nos mesmos termos do EBITDA de grupo, o que poderá obter maior consenso a nível internacional, dependendo da conformidade dos sistemas contabilísticos nacionais às regras internacionais de contabilidade, mas poderá não estar tão em linha com a realidade fiscal a que a presente norma pretende combater, e que é a diminuição indevida da base tributável.

Na verdade, os testes numa ótica de grupo apresentam um conjunto de vantagens que justificam a sua adoção como medida de combate à alteração da base tributável por via dos encargos financeiros, sem no entanto perderem a ligação com o contexto em que se insere cada entidade, que será o grupo (multi-)nacional atuando como um único centro de atividade económica. Por um lado, e atenta à sua estrutura que propugna pela atribuição a cada entidade de uma parcela da dedutibilidade dos encargos com o financiamento correspondente à sua participação no cômputo total dos índices de atividade económica, os testes numa ótica de grupo permitem adereçar diretamente as questões de diminuição da base tributável e de *jurisdiction-shopping* no cômputo da mesma medida, uma vez que, ao estabelecerem uma ligação entre a atividade da entidade individualmente considerada e a do grupo como um todo, retiram importância à localização de cada entidade e passam-na para o contributo que esta apresenta para o grupo, dividindo o que se poderia chamar de competência dedutiva das entidades.

No entanto, esta regra é falível na atuação enquanto limitação à dedutibilidade de gastos excessivos, pois ainda que se apresente como estratégia para gerir a dedutibilidade espacial de cada entidade em sua jurisdição, não devolve bons resultados como regra de limitação à dedutibilidade *per se*, permitindo que a variação nos encargos financeiros tomados seja absorvida pelas diversas empresas do grupo, garantido a sua aceitação, pelo que é recomendação da OCDE que seja complementada por regras (específicas) anti-abuso.

Outro ponto a adereçar na *group ratio rule*, e sobre o qual a OCDE apresenta igualmente recomendações específicas, trata-se do impacto de entidades geradoras de prejuízo fiscal no cômputo do EBITDA de grupo. Encontramos dois pontos a focar neste tópico, que se prendem com a posição de lucro ou de prejuízo do grupo onde se inserem as referidas entidades.



No âmbito de um grupo que apresente lucro tributável, a questão identificada pela OCDE passa pela problemática da diminuição do EBITDA em função de entidades que apresentem prejuízo fiscal e do apuramento de GFL em valor eventualmente superior, originando um rácio de grupo porventura superior a 100%. Tal pode acontecer quando, considerando-se os GFL de todas as entidades, se desconsidere o valor de EBITDA das entidades deficitárias. Esta situação, sendo a percentagem de dedutibilidade superior numa ótica de grupo do que numa ótica individual, leva a que a entidade individualmente considerada possa aproveitar da maior percentagem de dedutibilidade proveniente do seu grupo, tendo abstratamente a hipótese de deduzir todos os seus GFL individuais (que poderiam ser superiores à totalidade dos GFL apurados pelo grupo na totalidade) e ainda possivelmente reportar folgas para anos subsequentes. E esta postura não está em linha com a *best practice* recomendada pela OCDE.

Como meio de amenizar esta questão, a OCDE propõe a fixação de um limite máximo à dedutibilidade permitida às entidades individualmente consideradas que equivalerá à totalidade dos GFL apurados pelo grupo. Assim, caso a totalidade dos GFL do grupo ultrapasse a aplicação da percentagem da *fixed ratio rule* às entidades que integrem um grupo societário, estas podem ainda usufruir da ligação à atividade económica prosseguida pelo grupo, sem deturparem os efeitos pretendidos de combate à erosão da base tributável através de uma desmesurada dedutibilidade permitida intra-grupo.

No caso contrário, em que o grupo apura prejuízo fiscal, mas algumas entidades contribuem com o seu lucro tributável, e de modo a ainda manter ligação à atividade do grupo, a OCDE propõe a concessão à entidade individualmente considerada do menor de dois valores: ou os seus GFL ou os GFL com entidades terceiras do grupo.

Uma abordagem alternativa seria excluir as entidades deficitárias do cálculo do EBITDA de grupo, o que removeria o risco de qualquer entidade receber uma quantia excessiva de capacidade de dedução, como problematizado anteriormente. No entanto esta parece, aos olhos da OCDE, uma alternativa menos viável, por esta informação não decorrer das informações financeiras consolidadas e por tornar-se demasiado oneroso para as Autoridades Tributárias reconhecerem estas entidades e computarem os prejuízos a elas associados.

Outra particularidade deste tipo de regra prende-se com a volatilidade dos seus elementos, nomeadamente no que respeita à variação que podem sofrer os parâmetros da atividade económica de uma das empresas do grupo (total de rendimentos) por via, p. ex., de uma

alteração na mensuração inclusivamente sem reflexo na atividade operacional da(s) empresa(s), e que por sua vez irá influenciar a parcela dedutiva de cada entidade integrante do grupo, sem que exista algum reflexo na estrutura de financiamento e correspondente responsabilidade pelo financiamento das entidades.

### **Normas anti-abuso específicas**

O papel das normas anti-abuso no contexto do combate à erosão e realocação da base tributável pode ser um que dependerá sobretudo do desenho final que assumir uma regra geral de limitação à dedutibilidade dos encargos com o financiamento líquidos.

Países há que, ao invés de aplicarem uma regra geral, preferem aplicar uma ou várias regras específicas anti-abuso, as quais limitam a dedutibilidade em função de específicos *arrangements* prosseguidos pelas entidades ou de outros requisitos objetivos, reduzindo o risco de artificialmente – pelo menos, através da utilização dos expedientes censurados – proceder à erosão da base tributável. Naturalmente que estas regras específicas encerram algumas desvantagens implícitas, como a pouca flexibilização em relação à mutação da realidade, sendo necessário que os países procedam à revisão dos seus esquemas de modo a alinharem os objetos das regras anti-abuso com a verdadeira prática potencialmente abusiva das entidades, não sendo totalmente líquido que as regras anti-abuso específicas sejam livres de criarem encargos de administração para as autoridades tributárias que nelas se apoiem, nem que um Estado possa apoiar-se apenas num reduzido número de regras se quiser abarcar uma percentagem razoável da realidade.

O papel que a OCDE prevê para as regras de anti-abuso específicas foca-se numa linha de articulação com a recomendação para a adoção de uma regra geral de limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros líquidos, complementando o seu âmbito, nomeadamente evitando fugas à aplicação da regra geral ou abarcando realidades que possam escapar à formulação da mesma. Neste sentido, a OCDE sugere um conjunto de regras que poderão facilmente obter provimento e utilização a nível nacional, quando coordenadas com a regra geral que porventura venha a ser concomitantemente empregue:

- Pagamentos de juros feitos a entidades relacionadas: tendo sido comentado anteriormente, este tema pode ser adereçado por via da regra geral de limitação da

dedutibilidade; quando o não seja, a temática é perfeitamente passível de ser regulada através de uma regra específica anti-abuso, que pode primar tanto pela cabal desconsideração de pagamentos de juros ou equivalentes feitos a entidades relacionadas, pela sujeição dessa desconsideração à não tributação mínima no país da receção do pagamento ou ainda limitar o montante dedutível em relação aos pagamentos feitos a entidades relacionadas;

- Situações de endividamento artificial, i.e., situações em que o endividamento serve apenas para criar uma aparência de efluxo na sociedade que empresta e de obrigatoriedade de pagamentos por parte da entidade relacionada, mas que não implica um autêntico financiamento da entidade que recebe o empréstimo, mas tão-somente um fluxo circular de capitais com retorno à entidade que procedeu ao empréstimo;
- Situações de empréstimos através de entidades intermediárias com o objetivo de obter exclusivamente vantagens fiscais (sem que seja possível passar validamente num *business purpose test*) podem ser desconsideradas à luz de uma norma específica anti-abuso, não permitindo ao beneficiário último do financiamento proceder à aceitação do gasto.
- Situações de *debt-push down* excessivo: definidas como a passagem de uma dívida contraída por uma sociedade durante e para a aquisição de uma subsidiária para a esfera dessa subsidiária, normalmente por via de fusão. Aqui, o abandono das regras de subcapitalização em alguns países pode ser recuperada enquanto regra que limita esta realocação indevida dos encargos com o financiamento assumidos pela outrora entidade detentora e agora fundida com a entidade adquirida.
- Utilização de endividamento para financiar a realização de rendimentos isentos ou diferidos: apesar de poderem ser atempadamente excluídos através de regras gerais, quer baseadas em rendimentos (excluindo dividendos isentos) ou baseadas em ativos (excluindo investimentos em capital próprio), a exclusão destes rendimentos pode ser feita através de regras específicas que versem estas situações.

A opinião da OCDE vai, no entanto, no sentido de realisticamente considerar que é natural não se criarem todas as regras anteriormente mencionadas num dado Estado, uma vez que inclusivamente funcionam como exemplo quando apostas no Relatório, designadamente para

evitar uma complexificação no sistema e uma oneração excessiva na aplicabilidade do mesmo.

### **Arm's Length Principle**

Da leitura da Ação 4 do Relatório BEPS transparece, em grande medida, que o maior receio da OCDE na aplicação de testes baseados no princípio da transparência está relacionado não só com a sua impraticabilidade mas também com a incerteza de resultados eficazes.

É certo que da aplicação deste princípio resulta um mais detalhado enfoque quanto às circunstâncias da atividade empresarial de cada empresa / grupo de empresas, que ditam a verdadeira capacidade de financiamento daquela junto do mercado e atestam a veracidade dos gastos com o financiamento incorridos. No entanto, é igualmente concedido que estes testes implicam a consumição de tempo e recursos (quer dos consumidores, quer das autoridades tributárias) que os tornam ineficientes, sem que sejam acompanhados de resultados garantidos no que toca ao combate da diminuição da base tributável. Adicionalmente, os principais entraves à aplicação deste teste são a sua aplicação exclusivamente talhada às relações intra-grupo, bem como o facto de permitirem que a dedutibilidade dos juros seja suportada por ativos ou rendimentos não tributáveis, tais como investimentos em subsidiárias, não combatendo assim esta importante parte da evasão fiscal e diminuição da base tributável a que a OCDE se propõe.

Parece-nos precoce, como também aos Estados participantes da iniciativa da OCDE/G20, o cabal afastamento do critério do *Arm's Length* como meio de escrutínio, se não da natureza dos encargos de financiamento sujeitos a limitação na dedutibilidade, ao menos do valor praticado, como aliás entende o *Business and Industry Advisory Committee*. Nas suas palavras: “*If an entity can adequately demonstrate its debt capability using the arm's length principle, then such a fact should be relevant in determining whether related party interest expense is “excessive” before any such excess is disallowed. How can interest be said to be excessive if an intercompany loan uses the arm's length interest rate that would have*

*otherwise been happily charged by a third party lender in a non-structured transaction?”*<sup>173</sup>  
174.

Não tendo sido concedida maior atenção à questão em apreço no Relatório, cumpre no entanto concluir, ao que aliás não se opõe a própria OCDE, que a valia do princípio da transparência, sob a forma do Princípio do *Arm's Length* pode estar em ser aplicada à generalidade dos financiamentos de cada empresa, e não apenas àqueles decorrentes de operações estruturadas intra-grupo, de modo a que todas as considerações de autonomia empresarial e livre funcionamento do mercado convirjam para o apuramento de gastos de financiamento que se encontrem em linha com as práticas aceites comumente no mercado.

### **Retenções na Fonte**

Na opinião da OCDE, utilizar o método de retenções na fonte enquanto medida de delimitação dos encargos financeiros dedutíveis é inapropriado e falha o objetivo de enquadramento das realidades duvidosas naquele conceito. Na verdade, tratando-se apenas de um método de alocação da competência tributária, dando privilégio ao Estado da Fonte dos rendimentos para efetivar a sua capacidade tributária, este método não resolve questões de delimitação de incidência – pelo contrário, podem suscitar-se maiores incongruências caso não exista uma definição transversal aos vários países do que deve entender-se por encargos com o financiamento a sujeitar a retenção na fonte. Esta opinião é partilhada pelo BIAC – *Business and Industry Advisory Committee*<sup>175</sup>, nos seus comentários<sup>176</sup> ao Plano de Ação emitido pela OCDE, ao concordar com a não utilização da estratégia de retenção na fonte

---

<sup>173</sup> OCDE, “BEPS Action 4: Interest Deductions and other Financial Payments – Part 1” 11 de fevereiro de 2015, p. 131

<sup>174</sup> Tradução: Se uma entidade consegue demonstrar a sua capacidade de endividamento usando o princípio do *Arm's Length*, então tal facto deveria ser relevante na determinação como “excessivo” dos encargos com financiamento assumidos intra-grupo, antes que esses encargos fossem desconsiderados. Como se pode dizer que o juro é excessivo quando uma transação entre partes relacionadas usa o mesmo juro, respeitador do princípio do *arm's length*, que usaria uma entidade mutuante num financiamento não estruturado dentro de um grupo económico.

<sup>175</sup> BIAC – Business and Industry Advisory Committee

<sup>176</sup> OCDE, “BEPS Action 4: Interest Deductions and other Financial Payments – Part 1” 11 de fevereiro de 2015, p. 131, parág. 5.

enquanto aparato para limitar a dedutibilidade dos custos com juros, resultando numa estratégia circular e num necessariamente faltoso design de regras fiscais na matéria<sup>177</sup>.

De facto, as principais questões que se levantam ao atentar na utilização da Retenção na Fonte como mecanismo de limitação da dedutibilidade dos gastos com financiamento prendem-se com a necessidade de, para que este método fosse eficaz, se dever ter por igual a taxa aplicada a título de retenção e a taxa praticada a nível de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas (entendido em sentido transnacional, para facilidade de expressão), sob pena de, desde logo a partir deste ponto, não se poderem travar situações de aproveitamento abusivo da diferença entre tributação.

Obviamente que poucos mecanismos são de aplicação e administração tão automática; no entanto, a própria OCDE reconhece que, num espaço territorial que integra diversos ordenamentos jurídicos com normas de atenuação ou eliminação da dupla tributação – não só Acordos para evitar a Dupla Tributação que concedem isenções ou créditos de imposto que permitem reduzir a tributação no Estado de residência, ainda que pelo valor de tributação efetiva, mas também a própria Diretiva Juros e Royalties, em vigor no espaço da União Europeia –, são estes instrumentos que tornam difícil a introdução de regras de retenção na fonte sobre os juros pagos entre Estados.

Posteriormente, se equacionada a criação de regras de tributação baseadas na retenção na fonte, tal deveria incidir naturalmente sobre a diferença positiva entre os gastos incorridos com financiamento e os rendimentos gerados decorrentes de operações financeiras, o que não iria de encontro ao objetivo traçado pela OCDE de combate à evasão tributária e diminuição da base tributável quando considerada isoladamente. Seria uma norma que, portanto, deveria sempre ser colmatada com outras normas que avaliassem o total dos encargos incorridos.

Concede-se, portanto, que numa ótica de *best practices approach*, pouca utilidade haverá em explorar o mecanismo da retenção na fonte, como bem procedeu a OCDE.

### **Desconsideração cabal de percentagem dos encargos com o financiamento**

---

<sup>177</sup> Tradução livre da frase: “We agree that using withholding tax as the apparatus to limit deductibility of interest expense would be a circular, and hence, inherently faulty design of tax rules (...)”.

Finalmente, este Comité é também da opinião de que uma completa desconsideração de uma percentagem fixa dos encargos com financiamento incorridos por cada sociedade (*“flat disallowance of a percentage of interest expense, on an entity basis”*), sem ter em conta a natureza do encargo, é uma medida desapropriada ao prosseguimento da finalidade pretendida. Apenas lhe sendo dedicado um parágrafo no extenso Relatório da Ação 4 do Plano BEPS, resta-nos apenas transmitir a opinião da própria OCDE quanto à aplicação deste género de regras e que, no seu entender, constitui uma abordagem mais pensada para colmatar a preferência pelo endividamento externo em vez de pela capitalização do que para adereçar o tema da evasão fiscal e diminuição da base tributável.

## Diretiva Anti-Tax Avoidance

No dia 28 de janeiro de 2016 a Comissão Europeia publicou uma proposta para nova Diretiva que “(...) *estabelece regras contra a prática de elisão fiscal que afetam diretamente o funcionamento do mercado interno* (...)”<sup>178</sup>. De acordo com a Exposição de Motivos presente na Diretiva, e no contexto da urgência na luta contra a elisão fiscal e o planeamento fiscal agressivo explanado pelo Conselho Europeu, a Diretiva cria uma série de regimes que “(...) *dizem respeito a situações em que os contribuintes agem contra o verdadeiro objetivo da lei, tirando partido das disparidades entre os sistemas fiscais nacionais, a fim de reduzir a sua fatura fiscal*”.

Neste contexto, a Diretiva Anti-Elisão elegeu seis áreas de atuação, a saber: dedutibilidade de juros, tributação à saída (“*exit tax*”), cláusula de “*switch over*”, regra geral anti-abuso, regras relativas às sociedades estrangeiras controladas (“*CFC – controlled foreign companies*”) e assimetrias híbridas (“*hybrid mismatchments*”).

No que à norma proposta acerca do tema da dedutibilidade dos gastos com o financiamento respeita, a mesma visa atuar contra os grupos multinacionais que “ (...) *financiam empresas do grupo estabelecidas em jurisdições que aplicam um nível de tributação mais elevado através da dívida e assim asseguram que estas empresas reembolsam juros “inflacionados” às filiais com sede em jurisdições de baixa tributação. (...) De um modo geral, o resultado é uma redução da base tributável para o grupo multinacional no seu conjunto.*”<sup>179</sup>. Os objetivos assumidos por esta norma centram-se no desencorajamento da prática acima descrita, através da limitação do montante de juros dedutível pelo contribuinte, bem como redução do preconceito relativamente ao financiamento por capitais próprios da sociedade (que, comparativamente, apresentam um regime de dedutibilidade menos favorável que o dos encargos financeiros).

Não se considera relevante executar uma transposição da norma para este trabalho, uma vez que ela efetivamente apresenta uma conformação legal muito semelhante à que é defendida no

---

<sup>178</sup> Proposta COM (2016) 26 final, disponível em <http://eur-lex.europa.eu/legal-content/EN/TXT/?qid=1464116150231&uri=CELEX:52016PC0026>

<sup>179</sup> Proposta COM (2016) 26 final, p. 7



âmbito do trabalho realizado pela OCDE. Na generalidade, aliás, a regra da Proposta de Diretiva é uma regra que segue de perto a norma alemã, como aliás foi apresentada, prevendo os mesmos limites de dedutibilidade de encargos financeiros equivalentes a 30% do EBITDA ou a € 1.000.000, prevendo a dedutibilidade irrestrita dos encargos quando o contribuinte demonstre que o seu rácio entre o capital próprio e o total de ativos é igual ao superior ao do grupo em que se insere, aceitando-se uma margem de 2% em relação ao mesmo. Prevê-se, à semelhança da norma daquele país, o reporte de valores acrescidos ou de folgas geradas pela não dedução de encargos financeiros, sem qualquer limite temporal para a dedução,

Equacionando o apuramento do EBITDA, a Proposta de Diretiva Anti-Elisão propõe no n.º 2 do artigo 4.º o cálculo do EBITDA através da adição aos rendimentos tributáveis dos montantes ajustados para efeitos fiscais relativos a despesas líquidas com juros e outros custos equivalentes a juros, com amortizações e depreciações. Tomando como exemplo o apuramento do lucro tributável em Portugal (realizado na declaração de rendimentos Modelo 22), o lucro tributável é o resultado da aplicação ao rendimento líquido do período de um conjunto de correções, das quais se destaca o imposto de IRC que não é considerado custo aceite fiscalmente pela generalidade dos países, mas de várias outras que têm um tratamento diferente entre os países. Neste sentido, a convocação do conceito de “rendimento tributável”, ou seja, lucro tributável corrigido de ajustamentos, tendo em conta que a Proposta de Diretiva estabelece apenas mínimos de regulação, deixando aos Estados a competência legislativa para formulação dos ajustamentos, peca pela diversidade de métodos de apuramento que existem nos 28 Estados da União Europeia. Não cuidando de estabelecer, no seu conteúdo, uma determinação do apuramento do lucro tributável uniformizada, e ainda que estabeleçam a utilização de mensuração uniforme dos elementos do ativo e do passivo conforme método das demonstrações financeiras consolidadas [alínea c) do n.º 3 do artigo 4.º da Proposta de Diretiva], sempre se criarão diferenças entre os Estados ao nível dos valores apurados e das realidades consideradas para efeitos fiscais, sendo que exortamos a uma análise comparativa do Guia Mundial de Tributação da consultora Ernst & Young<sup>180</sup>, por país, para perceber facilmente a miríade de critérios que orientam as legislações fiscais. Desta constatação, surgirão diferenças na altura de consolidação dos resultados fiscais apurados pelas empresas

---

<sup>180</sup> Disponível em <http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/Worldwide-Corporate-Tax-Guide---Country-list>

intra-grupo, resultado de distorções legais, com a correspondente viciação da matéria tributável a nível do grupo. A decidir-se por esta modalidade, a Proposta de Diretiva com grande probabilidade gerará tensão entre contribuintes e autoridades tributárias acerca do tratamento fiscal conferido a uma ou outra realidade a nível europeu: a final, protelar-se-ão problemas de transferência de lucros, em que os Estados desenvolverão estratégias de *jurisdiction shopping*, na procura das melhores jurisdições para onde desviarem os seus encargos.

Este será o único ponto que cumpre levantar em termos de apreciação da Diretiva, não cabendo grandes excursos sobre uma norma que prima pela sua generalidade, de modo a que seja transporta e densificada pelos vários Estados da União Europeia. Na verdade, a regra apresentada anteriormente é apenas uma das seis regras que consta do pacote integrante da Diretiva: estas regras jurídicas incluídas são regras jurídicas vinculativas para os Estados-membros, mediante transposição daqueles mecanismos de regulação europeia. No caso das Diretivas Europeias, estas são de transposição obrigatória, uma vez que não lhes é reconhecido efeito direito: nos termos do artigo 288.º do TFUE, as diretivas vinculam o Estado-Membro destinatário das mesmas apenas quanto ao resultado a alcançar, deixando às instâncias nacionais as decisões quanto à forma e meios de melhor prosseguir esses mesmos resultados. Nos termos do n.º 8 do artigo 112.º da Constituição da República Portuguesa, independentemente do seu nível de detalhe na fixação da matéria<sup>181</sup>, a transposição de Diretivas apenas pode ser feita por Lei, Decreto-Lei ou Decreto Legislativo Regional, pelo que também será requerido ao Estado português que proceda à transposição das regras vertidas naquele elemento, em tudo o que não se encontre já consagrado na legislação portuguesa, o que será o caso da regulação da dedutibilidade dos encargos financeiros.

Como decorre do conteúdo da norma, mas que também decorre de outras normas propostas pela Diretiva, esta procura aproveitar os trabalhos decorridos nos últimos dois anos no seio internacional, que culminaram nos vários Relatórios BEPS dos quais realçámos anteriormente o correspondente à Ação n.º4 pelo interesse que tem para o âmbito deste trabalho, tentando

---

<sup>181</sup> Sobre a questão da transposição das diretivas no ordenamento jurídico dos Estados veja-se: **Pais, Sofia Oliveira**, “Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial”, 3ª Edição, Ed. Almedina, 2013, Capítulo I – pts. 37 - 86

colmatar a aplicação unilateral que está associada a estes mecanismos. De facto, a aplicação a nível nacional das normas vigentes a nível da OCDE é sujeita a aceitação por parte dos Estados, ainda que haja uma presunção de que os Estados estão interessados em criar uma ordem jurídica internacional harmonizada. O mesmo não se passa com as Diretivas que, como se viu, são alvo de obrigação de transposição por parte dos Estados. Nos termos da Diretiva: *“As regras previstas na presente diretiva têm por objetivo combater práticas de elisão fiscal transfronteiriças e proporcionar um quadro comum para a aplicação coordenada dos resultados BEPS (...). Esses objetivos não podem ser suficientemente alcançados através de ações levadas a cabo por cada Estado-Membro atuando isoladamente. Uma abordagem deste tipo permitiria, de facto, apenas reproduzir e eventualmente piorar a fragmentação existente no mercado interno, bem como perpetuar as atuais ineficiências e as distorções na interação de uma multiplicidade de medidas distintas.”*. Além disso, é acrescentado ainda na Exposição de Motivos daquele diploma que: *“Dado que as regras antiabuso previstas têm uma dimensão transfronteiriça, é imperativo que as propostas estabeleçam um equilíbrio entre os interesses divergentes no âmbito do mercado interno e tenham em consideração uma imagem completa da situação (...)”*<sup>182</sup> que apenas com base num contexto harmonizado europeu se pode garantir.

Não estando a versar sobre documentos finais, mas apenas sobre uma Proposta, não é seguro pressupor uma regulação definitiva da questão. Ainda assim, deixa-se escrita a incredulidade perante a utilização de conceitos tributários quando, ainda sem recurso a uma definição, apresentam seguramente motivos de distorção entre os Estados-Membro, o que não contribuirá para a harmonização do tratamento da questão.

Cumpre, neste ponto, esperar então pela regulação definitiva que surgirá com a aprovação (esperada) da proposta, no sentido de uma regulação uniforme que se pretende para o tratamento da questão.

---

<sup>182</sup> Proposta COM (2016) 26 final, pp. 4 - 5

# III - Direito Comparado

São já várias as experiências europeias que contam com alterações ao seu dispositivo legal no sentido da previsão da limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento.

A Alemanha foi das primeiras nações europeias a introduzir esta alteração nos seus textos legais, indexando a dedutibilidade dos juros à percentagem de 30% do EBITDA, não deixando porém de permitir situações de exceção.

Seguiu-se-lhe a Itália, em 2008, e a Finlândia, em 2013, que além da possibilidade de dedução dos juros até ao limiar apresentado no parágrafo anterior, expressamente previam o reporte indefinido da dedutibilidade dos juros não deduzidos.

Na Holanda, a “*base erosion rule*” introduziu um conjunto de obstáculos à dedutibilidade do montante de juros, relacionados com o objetivo do financiamento de onde estes decorrem, a par de outras cláusulas de salvaguarda (cláusulas anti-abuso), embora seja possível proceder à justificação dos montantes praticados entre empresas à luz do expediente das razões materialmente económicas.

A França pode dizer-se que tem um sistema que acolhe influências de diversos países ao seu redor, oferecendo um curioso aglomerado normativo.

O presente capítulo pretende ser um excurso relativamente leve sobre a descrição dos sistemas jurídicos, sem pretensões de crítica predominantes, com o sentido de constatar a diversidade de abordagens à questão da dedutibilidade de encargos com o financiamento.

O regime alemão foi o regime que, a 12 de dezembro de 2002, saiu gorado por via da decisão jurisprudencial do TJUE no caso Lankhorst-Hohorst, conforme apresentado na Parte II do Capítulo I.

Até essa decisão, a norma de subcapitalização alemã previa a desconsideração do pagamento de juros enquanto tal, e sua requalificação para dividendos, na medida em que, no âmbito de um financiamento concedido por um acionista à sociedade anónima na qual detivesse uma participação substancial, o montante de juros não fosse calculado de acordo como uma fração do capital ou, tendo sido, o valor do capital correspondesse a três vezes mais a participação do acionista na sociedade. As únicas duas maneiras de obstar à aplicação da regra seriam a prova de que o valor de juros estava em coordenação com as práticas de plena concorrência, assumidas ao nível da regra de preços de transferência, e o facto de ela não se aplicar a situações entre residentes, facto que por si determinou a desconformidade perante o artigo 43.º do então Tratado da Comunidade Europeia.

Desde essa decisão, que afirmou a incompatibilidade do regime da subcapitalização com o princípio fundamental da liberdade de estabelecimento a nível europeu, a Alemanha desenhou uma nova abordagem ao tratamento fiscal da dedutibilidade dos encargos com o financiamento. Este tratamento caracteriza-se pelo corpo normativo que se descreverá abaixo<sup>184</sup>.

Com efeitos a partir de 25 de maio de 2007, a regra de limitação de dedutibilidade dos encargos (“*Zinsschranke*”) aplica-se a qualquer entidade, independentemente da residência – o que inclui entidades residentes bem como estabelecimentos estáveis alemães de sociedades não residentes). Ao abrigo desta norma, a quantia de encargos financeiros líquidos (encargos

---

<sup>183</sup> Nesta sede, seguimos de perto o trabalho de **Buslei, Hermann** e **Simmler, Martin**, “The Impact of Introducing an Interest Barrier – Evidence from the German Corporation Tax Reform 2008”, Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung, 2012

<sup>184</sup> Neste ponto, seguir-se-á de perto o artigo de **Von Brocke, Klaus, Perez, Eugenio Garcia**, “Group Financing: From Thin Capitalization to Interest Deduction Limitation Rules”, *in* International Transfer Pricing Journal, jan. – fev. 2009, IBFD, pp. 29 - 35

financeiros remanescentes após subtração da dos rendimentos financeiros) é sujeita a um limite de dedutibilidade correspondente a 30% do EBITDA (fiscal, sem consideração dos rendimentos isentos), correspondendo ao lucro tributável adicionado de imposto, juros líquidos, depreciações e amortizações. De modo a ser sujeita à limitação, a quantia de encargos financeiros deve estar relacionada com financiamentos não recaracterizados (ao abrigo de legislação de *hybrid mismatchments*) e, bem assim, os encargos e rendimentos financeiros elegíveis para efeitos desta norma são aqueles que não são desconsiderados ao abrigo de outras normas.

Aquele regime conta com diversas cláusulas de salvaguarda à aplicação da norma. São elas:

- 1) Cláusula *de minimis*: nos termos desta cláusula, todas as entidades cujos gastos com financiamento líquidos se situem abaixo do valor de € 3.000.000, podem deduzir na totalidade os seus encargos. Caso ultrapassem o referido valor, todo o montante de encargos será sujeito a restrições de dedutibilidade.
- 2) Não aplicação da limitação por não pertença a um grupo: A regra de limitação não se aplica caso a entidade não integre um grupo, para efeitos de consolidação contabilística (IFRS) do mesmo. Para efeitos de aplicação desta cláusula, a mesma não se verifica (promovendo de novo a limitação à dedutibilidade dos encargos) quando um acionista com uma participação superior a 25% realize um suprimento à sociedade e os encargos financeiros com este tipo de financiamentos não ultrapassem os 10% dos gastos de financiamentos líquidos da empresa.
- 3) Cláusula de salvaguarda no âmbito de grupo: Caso uma empresa pertença a um grupo consolidado (ou, melhor dizendo, passível de ser consolidado ao abrigo das IFRS, independentemente da factual constituição de um grupo consolidado financeiro), a regra de limitação não se aplica se o rácio entre capital próprio e ativos da sociedade não seja inferior ao mesmo rácio ao nível do grupo em 2 pontos percentuais. O acesso a esta cláusula de salvaguarda está limitado quanto aos empréstimos realizados por acionistas que detêm uma participação na empresa superior a 25%.

Nos termos genéricos, a cláusula alemã prevê o reporte de folgas não utilizadas de EBITDA por um período de 5 anos, desde que não se aplique nenhuma das cláusulas de salvaguarda. Este reporte é, todavia, prejudicado por operações de reestruturação; já os encargos acrescidos por excesso face ao limite permitido de dedutibilidade podem ser reportáveis por tempo

indeterminado, sendo contudo considerados não dedutíveis caso se verifique alguma operação de reestruturação ou liquidação ou na verificação de sucessivos excessos de gastos de financiamento líquidos).

De acordo com o Guia Mundial de Tributação da Consultora Ernst & Young<sup>185</sup>, no que se refere à Alemanha, já é feita referência à possível inconstitucionalidade da norma alemã, apreciada na decisão referida no Capítulo I, que colocou a questão sobre a alçada do Tribunal Constitucional alemão.

Tendo sido a primeira regra deste género a surgir na Europa, após uma forte disseminação das regras de subcapitalização por diversos países europeus, incluindo a própria, cumpre agora saber se a regra alemã de limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros vai ser cerceada de novo pela jurisprudência, sendo que, como se viu atrás, pelo papel de modelo à conceção da regra presente na Proposta de Diretiva Anti-Elisão que teve, o impacto na legitimação da mesma poderá ser grande e obrigar a repensar os pressupostos de aplicação daquele diploma normativo.

---

<sup>185</sup> Disponível em <http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/Worldwide-Corporate-Tax-Guide---Country-list>

## Sistema fiscal italiano

O sistema fiscal italiano contava já com regras de limitação da dedutibilidade antes de 2003, ano em que foi introduzida, com efeitos a partir de 1 de janeiro de 2004, uma nova cláusula de exclusão da dedutibilidade dos gastos líquidos com o financiamento.

Essas regras procuravam combater a dedutibilidade excessiva de gastos com o financiamento em situações muito específicas<sup>186</sup>; a partir de 2004, a Itália passou a contar igualmente com uma regra de mecanismo *pro rata* e viu introduzida a CEEA da Subcapitalização, ambas com o objetivo de limitar a dedutibilidade dos encargos com o financiamento.

Mais recentemente, através da Lei 244 de 24 de dezembro de 2007 (OE para 2008), os anteriores mecanismo de *pro rata* e regra da Subcapitalização foram substituídos pela regra de limitação à dedutibilidade dos gastos com financiamento líquidos, tendo igualmente sido introduzidas exclusões adicionais operantes em relação a determinados sectores de atividade, pelo Decreto-Lei 112 de 25 de junho de 2008, desenvolvido pela Lei 133 de 6 de agosto do mesmo ano.

Uma vez que o regime italiano viu reciclados e atualizados os mecanismos de combate à erosão da base tributária por via dos encargos com o financiamento, cumpre conhecer o seu passado para entender o seu presente.

Assim, e avançando o que se entende pelo mecanismo do *pro rata*, deve revelar-se antecipadamente que o sistema italiano defendia o entendimento de que qualquer participação social à qual fosse aplicada o regime do *Participation Exemption*<sup>187</sup> devesse ser adquirida com recurso aos capitais próprios da empresa (seja originários, seja através de aumentos de capital), obviando assim à possibilidade de dupla não tributação, aqui entendida como a aceitação do gasto com o financiamento que reduziria a base tributável, por um lado, e a não tributação dos lucros ou mais-valias, por outro. Neste sentido, não seria aceite a proporção dos

---

<sup>186</sup> Falamos de casos relacionados com a dedução de encargos quando a entidade possuísse já rendimentos isentos de tributação, casos em que os encargos eram pagos a entidades sedeadas nos comumente designados “Paraísos Fiscais” ou casos em que se aplicasse a cláusula especial anti-abuso dos preços de transferência.

<sup>187</sup> Regime que previa a subtração à tributação dos rendimentos decorrentes de mais-valias geradas com origem em participações sociais que cumprissem certos requisitos. Entre nós, encontra sede legal no artigo 51.º e seguintes do CIRC. Uma nota particular do regime italiano prende-se com o facto de a isenção ao abrigo do regime do *Participation Exemption* não ser total, mas apenas de 95%



encargos com o financiamento em que se determinasse haver uma relação com a aquisição de participações sociais abrangidas por aquele regime benéfico. Neste campo, foi preferida a utilização de *ratios* económicos em detrimento da afetação direta dos financiamentos às participações sociais, pelas razões de praticabilidade que são facilmente descortinadas, tendo sido concebida a seguinte fórmula para fazer face à tarefa de alocação:

$$\frac{\text{Participações sociais que beneficiam do regime de } \textit{Participation Exemption}}{\text{Total de Ativos}} = \frac{\text{Capital Próprio}}{\text{Capital Próprio} + \text{Passivos Operacionais}}$$

Algumas considerações finais em relação ao mecanismo do *pro rata* incluem:

- A utilização do mecanismo era subsidiária face à regra de Subcapitalização, de modo a evitar a sujeição do mesmo encargo a limitação de dedutibilidade;
- A aplicação deste mecanismo não dependia do tipo de relação entre sujeitos passivos e entidades financiadoras, nem da residência deste (sendo que o sujeito passivo apenas poderia ser ou uma sociedade residente em Itália, ou um estabelecimento estável em Itália de uma entidade não residente.

Já a regra de subcapitalização funcionava de modo semelhante à congénere portuguesa, ou seja, acalentava o objetivo de proibir financiamentos excessivos face às necessidades da entidade beneficiária, quando concedidos pela detentora direta ou indireta daquela, impedindo pagamentos excessivamente avultados de juros, ao mesmo tempo que limitava a possibilidade de se proceder à distribuição encapuzada de dividendos.

Na verdade, a regra da subcapitalização possuía uma incidência subjetiva muito mais específica do que o mecanismo do *pro rata*, sendo apenas aplicável aos chamados *acionistas qualificados*<sup>188</sup> e apenas ao verificar-se um certo nível de endividamento que ultrapassasse a média anual de endividamento recebido de um específico acionista considerado individualmente sobre o capital próprio do beneficiário na razão de 4:1.

---

<sup>188</sup> Acionistas que possuíam, pela titularidade no capital social ou pela detenção de certa percentagem dos direitos de voto, a prerrogativa de influenciar as decisões de gestão da entidade detida.

Esta foi a regulação italiana incidente sobre a dedutibilidade dos encargos com financiamentos vivida no país até 2007.

A partir de 2008, as antigas regras do método de *pro rata* e da subcapitalização foram abandonas e substituídas por uma única regra que atualmente encontra sede no artigo 96.º do *TUIR*, em aproveitamento da recente regra que havia sido institucionalizada na Alemanha. Esta reforma legislativa norteou-se pela simplificação da regulação da matéria, bem como pela facilitação da tarefa de verificação à Autoridade Tributária italiana, e consequente promoção do cumprimento das regras tributárias e arrecadação de receita fiscal.

Não só a regra é de maior aplicação, como dita uma maior abrangência ao nível da incidência subjetiva e objetiva face às regras antecessoras, sendo orientada pelo princípio da substância sobre a forma no que respeita ao tipo de operações e rendimentos inseridos no escopo da norma e aplicando-se a todas as entidades que, independente do setor de atividade onde estejam instalada, não caiam dentro da exceção liberatória expressamente prevista para as entidades nos setores bancário, financeiro, segurador, empresas públicas atuantes no setor dos serviços públicos (energia, distribuição de água ou saneamento básico) ou parcerias público-privadas designados para a prossecução de projetos de transporte e logística.

Neste sentido, as empresas ficaram apenas obrigadas a fazer a comparação entre os seus encargos líquidos com o financiamento e o EBITDA decorrente das demonstrações financeiras da empresa após alguns ajustamentos indicados pela lei fiscal. Daqui se depreende que há uma permissibilidade de dedução integral dos encargos com o financiamento até à concorrência do valor de rendimentos decorrentes do financiamento e que, no valor excedente, há uma permissibilidade de dedução até 30% do EBITDA.

O sistema italiano permite, tal como o português, o *carry-forward* de gastos considerados excessivos num ano para os anos seguintes, não impondo qualquer limite temporal à dedução, mas apenas a não concorrência dos valores de encargos de cada ano com o seu limite correspondente de 30%.

De igual forma, prevê a aplicação de uma utilização consolidada do regime de limitação à dedutibilidade dos encargos com o financiamento, onde as folgas decorrentes da diferença positiva entre o limite de 30% do EBITDA individual e o montante de encargos financeiros individuais pode ser aproveitada por outras empresas do grupo.

Em relação à regra alemã, a regra italiana espanhola difere do ponto de vista da não consideração de um limite mínimo que atue como exceção abaixo do qual as entidades não serão sujeitas ao regime da limitação à dedutibilidade e da consideração de um EBITDA contabilístico (mais parecido com a regra portuguesa) ao invés do EBITDA fiscal, presente na norma alemã, o que lhe permite salvaguardar a consideração de entidades não residentes para efeitos do cômputo do EBITDA.

## Sistema fiscal finlandês

Até 2012, o sistema fiscal finlandês mostrou-se recetivo à dedutibilidade integral dos encargos com financiamento, desde que tendente à aquisição ou manutenção do rendimento. Nem mesmo à cláusula geral anti-abuso era dada utilização expressiva; antes, a jurisprudência nacional mostrava-se bastante permissiva à dedutibilidade dos encargos, quando alicerçadas em rácios endividamento/capital próprio que podiam atingir a proporção de 15:1<sup>189</sup>.

Tal lacuna na aplicação da lei, e concomitante inexpressivo desenvolvimento da técnica legislativa até aquele ano deveram-se, em parte à reduzida necessidade de, face a indicações e estudos relativos à realidade finlandesa, levar a cabo uma reforma referente aos encargos com o financiamento, numa altura (Década de 90) em que em muitos países se davam os primeiros e segundos passos na introdução de legislação de subcapitalização. Um pouco como consequência deste pensamento, a jurisprudência do TJUE e as imposições de não discriminação entre Estados Membro da União Europeia contribuíram também para que o caminho trilhado pela legislação conhecesse inúmeros reveses.

Apenas a regra de preços de transferência obtinha aplicação generalizada na conformação das transações financeiras, tanto ao nível da quantia mutuada, como da taxa de juro aplicável entre entidades relacionadas.

Em situações transnacionais, a Finlândia apresentava-se ainda como um país fortemente competitivo, uma vez que não previa a tributação na fonte dos rendimentos de capitais pagos a entidades não residentes, nem mesmo quando, ao abrigo da Diretiva Juros e Royalties ou de ADT com o Estado de residência do outro contratante, tal predicação lhe seria permitido.

A fraca proteção a nível legislativo era exponenciada pela existência de regras que, como a anteriormente explicitada, em 2012, contribuíam para que a Finlândia fosse considerada um sistema fiscal indicado à apresentação encargos com o financiamento: não só a generosa dedutibilidade dos encargos com o financiamento permitia uma redução da matéria tributável, tal dedutibilidade era muitas vezes artificialmente criada por transações intra-grupo que não acarretavam tributação (ex. mediante certas condições, a alienação de participações sociais

---

<sup>189</sup> Proporção verificada no caso KHO de 1999, decidido pelo Supremo Tribunal Administrativo finlandês.

encontrava-se isenta e era utilizada como meio de disposição de rendimentos e de encargos em ordenamentos jurídicos fiscalmente favoráveis como o Finlandês).

Chegados a 2012, a Finlândia apresentava-se, atento o exposto, como um Estado fortemente indicado para realização de estratégias de erosão da base tributária, especialmente no que concerne a situações transnacionais.

Das diversas opções discutidas pelo governo finlandês recordamos a introdução de uma cláusula anti-abuso de subcapitalização, cedo descartada pela difícil coordenação com a legislação europeia e ante a reduzida taxa de sucesso demonstrada por outras experiências legislativas, a introdução de uma regra de limitação genérica à dedutibilidade dos encargos com o financiamento (modelo alemão de 2008 e modelo italiano de 2009, em que se baseia o regime português ora em apreço) e ainda a previsão de uma regra de aplicação direta (modelo sueco de 2009) orientada diretamente para os financiamentos obtidos com o intuito de aquisição de partes de capital<sup>190</sup>.

Finalmente, o governo decidiu-se pela introdução de uma regra de limitação à dedutibilidade dos encargos com o financiamento que, em comunhão com a regra geral de dedutibilidade dos encargos relacionados com a atividade produtora da sociedade, passaram a enformar esta matéria.

Na generalidade, as regras portuguesa e finlandesa partilham de vários pontos, sendo no entanto de referir algumas particularidades desta última, como se segue:

- A regra finlandesa apresenta um elemento de direccionalidade que não está presente na congénere portuguesa: enquanto que qualquer encargo com financiamento se encontra abrangido pela regra nacional, sendo submetido primeiro à concorrência dos rendimentos de financiamento (gastos de financiamento *líquidos*) e imediatamente depois à concorrência do valor/percentagem limites, no caso finlandês todos os encargos líquidos podem, numa primeira fase, ser isentos de limitação caso não atinjam o

---

<sup>190</sup> Tal qual aplicada no regime sueco a introdução desta regra, caracterizada por uma incidência objetiva muito específica, não se fez acompanhar da previsão de uma regra mais lata de limitação à dedutibilidade dos encargos com o financiamento, limitando assim o seu escopo de aplicação, sendo ainda possível apresentar razões de exceção, como a comprovação de justificações comerciais da operação de financiamento ou de tributação mínima incidente sobre os rendimentos decorrentes de financiamentos correspondentes aos valores a deduzir.

patamar de € 500.000. Se os encargos com o financiamento líquidos estiverem abaixo deste limite, todos os encargos serão dedutíveis para efeitos fiscais; caso contrário, terá que ser analisado se estes mesmos gastos líquidos ultrapassam 25% do EBITDA fiscal apurado para efeitos da determinação da dedutibilidade. Na comparação com os 30% do EBITDA é que o regime finlandês apresenta uma particularidade: não compara este limiar com a totalidade dos encargos com o financiamento, mas apenas com as despesas resultantes de financiamentos entre partes relacionadas sendo a razão subjacente ao financiamento, caso ultrapasse aquela percentagem, irrelevante no sentido de arguir pela dedutibilidade do encargo.

- O conceito de “partes relacionadas” é entendido à luz da regulação de preços de transferência, embora existam regras específicas para incluir neste conceito, para efeito do regime da limitação à dedutibilidade dos encargos com o financiamento, acordos *back-to-back*<sup>191</sup> e garantias aos financiamentos<sup>192</sup>, quando realizados com entidades terceiras.
- Segundo a lei finlandesa, o EBITDA fiscal, conceito também presente na legislação portuguesa como referido anteriormente, é calculado segundo a seguinte fórmula: rendimento líquido do período + gastos de financiamento + depreciações fiscalmente aceites + amortizações de ativos correntes e alterações no justo valor + influxos intra-grupo – efluxos intra-grupo. Não existe aqui necessidade de adicionar os impostos, uma vez que eles não são deduzidos para efeitos fiscais, tendo já sido acrescidos aquando do apuramento do resultado líquido do período.
- A legislação finlandesa não prevê, ao contrário da norma portuguesa, disposições que tutelem as alterações de titularidade e as respetivas consequências para os gastos líquidos com financiamentos entre partes relacionadas não deduzidos num ano (que, similarmente, podem ser reportados para anos posteriores e utilizados até à concorrência da margem dos 30% do EBITDA fiscal).

---

<sup>191</sup> Acordos *back-to-back* são acordos por via dos quais uma entidade terceira, não relacionada (nomeadamente, um banco ou uma sociedade sedeadada noutro Estado), atua como intermediária num acordo de financiamento entre partes relacionadas, recebendo de uma das partes um empréstimo e conferindo financiamento de igual montante à outra parte. A inserção destes acordos no âmbito da norma que limita a dedutibilidade dos encargos com o financiamento, atendendo à especificidade do regime finlandês

<sup>192</sup> Desde que o financiamento subjacente seja entre partes relacionadas.

- A lei finlandesa prevê ainda uma terceira forma de exclusão à incidência do regime de limitação à dedutibilidade<sup>193</sup>, caso o sujeito passivo comprove que o seu rácio de capital próprio<sup>194</sup> é equiparável ou superior ao do grupo fiscal em que se encontre inserido. O objetivo desta regra de exclusão é, entre outros, obstar aos efeitos da regulação sobre financiamentos em grupos centralizados.

No geral, a Finlândia é um país, de acordo com o Guia Mundial de Tributação da Consultora Ernst & Young<sup>195</sup>, a Finlândia é um país em que se nota a desnecessidade na regulação desta matéria, mas que em qualquer momento pode considerar, como já considerou no passado, que é importante atentar às regras de dedutibilidade dos encargos com financiamento. Por enquanto, a regulação finlandesa mantém-se paulatinamente no encalce dos recentes desenvolvimentos a nível europeu não se registando, contudo, pertinente jurisprudência sobre o tema, mercê possivelmente da política de combinação de financiamento por via de endividamento e de capitalização que é vivida naquele país.

---

<sup>193</sup> Uma forma que não envolva a exclusão por via da quantificação de encargos líquidos inferior a € 500.000 nem de encargos líquidos com o financiamento com partes relacionadas inferior a 30% do EBITDA.

<sup>194</sup> O Rácio de Capital Próprio, *Equity Ratio*, mede a proporção dos ativos da sociedade que são financiados pelos próprios acionistas, mediante o capital próprio, e não por financiamento oriundo de credores terceiros.

<sup>195</sup> Disponível em <http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/Worldwide-Corporate-Tax-Guide---Country-list>

## Sistema fiscal holandês

O sistema fiscal holandês não apresenta uma norma definida, base, de limitação à dedutibilidade de financiamento: de facto, a regulação de subcapitalização foi revogada em 2013. Antes, optou por estabelecer um conjunto diversificado de normas que atuam em relação a diferentes questões sensíveis dentro da grande temática aqui abordada. Neste contexto, apresentar-se-á tanto quanto esquematicamente possível – para facilidade de apreensão – o conjunto de regras que aquele sistema jurídico comporta. São elas:

- O montante de encargos financeiros pagos a entidades relacionadas é desconsiderado quando relacionado com distribuições de dividendos ou pagamentos de capital, por parte de residentes, a entidades coletivas ou singulares também residentes naquele país, com contribuições de capital feitas a entidades relacionadas ou com a aquisição de partes sociais em entidades que, após essa aquisição (originária ou de reforço da posição).

As restrições mencionadas *supra* podem não ser aplicadas caso se verifique ou que existem relações económicas válidas por detrás das operações, ou se se provar que, ao nível da entidade que recebe os juros, os montantes pagos são tributados a uma taxa mínima definida pelo legislador, não podendo ser abrangidos por uma qualquer forma de não tributação (abrangência por prejuízos fiscais ou por quaisquer deduções à coleta).

- Regras contra instrumentos híbridos: os encargos que são decorrentes de instrumentos híbridos, considerados capital próprio, serão considerados não dedutíveis.
- Limitação de dedutibilidade em relação a aquisições: os encargos decorrentes de financiamentos utilizados para a aquisição de sociedades que, após a operação, serão incluídas no perímetro fiscal de um grupo ou fundidas é restringido.

Esta limitação à dedutibilidade acontece se o valor de encargos excede € 1.000.000 e a entidade adquirente é considerada em como tendo “passivos excessivos” em relação ao lucro tributável que apresenta para absorver os passivos, caso que se verificará se se concluir que mais de 60% do preço de compra foi alavancado em endividamento externo. Nestes casos, será limitada a dedução ao valor excessivo de encargos, de acordo com a percentagem fixada, sendo que esta baixa 5 pontos percentuais por ano.



- Encargos relativos a capital obtido para financiar ativos geradores de rendimentos isentos ao abrigo do regime de *participation exemption*, onde encontramos as ações, como principal exemplo.

Existe um limiar mínimo de € 750.000, apenas acima do qual se calculará qualquer restrição de dedutibilidade: o cálculo do interesse excessivo resulta da multiplicação do total de juros incorridos pelo sujeito passivo pelo quociente entre o financiamento da participação e o financiamento total do sujeito passivo.

Na legislação holandesa encontra-se prevista uma cláusula de exceção para a limitação, caso existam razões económicas válidas para considerar que a aquisição da participação social consiste numa extensão das atividades operacionais da empresa adquirente, desde que essa abordagem não seja considerada abusiva.

- Regras de preços de transferência: as regras de preços de transferência holandesas atuam de uma forma não diversa das demais regras, já bastante harmonizadas a nível europeu, na matéria: neste sentido, pretende-se com elas aferir se o preço praticado entre as entidades relacionadas é semelhante ou está na mesma ordem de razão que o preço que seria praticado, entre entidades relacionadas, no âmbito de transações económicas comparáveis e mantendo uma similitude de características na situação. De acordo com o Orçamento de Estado para 2016 a Holanda já incluiu, no seguimento da Ação n.º13 do Plano BEPS; inovações quanto ao regime de Preços de Transferência, nomeadamente no que aos requisitos de documentação (implementação de uma camada tripartida de documentação dividida entre um *master file*, um *local file* e uma minuta de preenchimento anual de *Country by Country Report* (CbC), sujeita aos requisitos de necessidade previstos na lei).

O regime holandês é uma prova de que em poucas linhas se procura resumir um regime de tributação (concede-se, apenas em relação a uma temática do mesmo) em poucas linhas, mas que é porventura o regime com uma abordagem mais variada de todos os que apresentamos neste trabalho. Claramente o legislador holandês pretende uma abordagem de desconsideração baseada no alargamento da base tributável em termos de maximização da incidência objetiva, porventura com a consequência de complexificação do sistema, mas que sem dúvida promove um maior respeito pela tributação pelo rendimento real das empresas, concedendo às normas o cariz que elas efetivamente têm: o de normas anti-abuso, que devem pretender ater-se às situações que visam regular.

Este ponto teve como base o Guia Mundial de Tributação pela Consultora Ernst and Young que, pela tempestiva atualização, largamente se utilizou na recolha de dados, em português, sobre o sistema fiscal holandês.

## Sistema fiscal francês

Em França, o legislador adotou uma abordagem diferente do que aquela foi adotada nos sistemas que acabámos de conhecer, diversificando as normas que regulam sobre a dedutibilidade dos juros, pelo menos até 2013, altura em que introduziu uma vertente mais generalista no tratamento da dedutibilidade dos encargos com o financiamento<sup>196</sup>.

- À semelhança de todos os regimes enquadrados, a regra geral aponta para a dedutibilidade dos encargos financeiros. Permite-a nos casos em que eles sejam efetivamente incorridos (demonstrado pela contabilidade) e documentalmente comprovados, quando contribuam para reduzir o valor líquido da empresa, devendo ser pagos no interesse da empresa<sup>197</sup>. Existem, todavia, restrições a essa dedutibilidade:
- Juros pagos por empréstimos a acionistas e intra-grupo: estão sujeitos a restrições de dedutibilidade sob o ponto de vista dos preços de transferência, e sob o teste de subcapitalização desde janeiro de 2011, nos termos dos artigos 8º, 39.º, 1-3 e 212 do Código Tributário francês (CGI – *Code General des Impôts*).

No que decorre da incidência da regra de preços de transferência aplicada aos juros pagos, é imposto um limite máximo à taxa de juro praticada entre as partes relacionadas que pode corresponder à taxa de juro média anual praticada sobre financiamentos concedidos por instituições financeiras, com um mínimo de condições de maturidade e flutuação de taxa, ou pode ser uma taxa de juro que corresponda à taxa que aquela empresa obterá em financiamentos junto de entidades financeiras não relacionadas.

Os gastos que se situem acima daquilo que é praticado acima da taxa de juro definida entre entidades não relacionadas são considerados não dedutíveis e tributados concordantemente.

A regra de subcapitalização aplica-se por cima da regra de preços de transferência, i.e. mesmo em relação a montantes que foram justificados com base nesta regra, em relação

---

<sup>196</sup> Sobre este texto, ver **Curt**, Pauline, **Robert**, Eric, “The New Limitation on the Deduction of Financial Expenses”, in *European Taxation*, IBFD, junho 2013, pp. 286 - 289

<sup>197</sup> Sobre esta temática, leia-se o excuroso em **Tavares**, Tomás Castro, “Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Coletivas: Algumas Reflexões ao Nível dos Custos”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 396, outubro-dezembro, Centro de Estudos Fiscais, 1999, pp. 138 - 154

aos juros pagos entre entidades relacionadas que ultrapassem uma das três fórmulas seguintes:

- 1) Rácio de endividamento / capital próprio, que compara os gastos dedutíveis para efeitos fiscais e o capital próprio da empresa (este último, dado a escolher entre o valor no início ou no fim do período de tributação) sobre o total de endividamento da empresa resultante de empréstimos com entidades relacionadas.
- 2) Patamar de rendimentos, que equivale a 25% do EBITDA ajustado;
- 3) Patamar de rendimentos de financiamentos, que equivale ao montante de juros recebido pela entidade de empresas relacionadas.

Se o montante que é considerado não dedutível para efeitos da regra-limite de preços de transferência ultrapassa ainda todos os três critérios, o valor de excesso face ao maior critério será acrescido, quando superior a € 150.000.

Nesta sequência, o montante é ainda possível de ser protelado para anos futuros (*carry-forward*), sendo que uma redução anual de 5% ao montante é feita a partir do segundo ano.

- Note-se que os contribuintes podem escapar à não dedutibilidade dos encargos com o financiamento a partir do momento em que consigam provar que o rácio consolidado de endividamento / capital próprio do grupo é superior ao mesmo rácio da empresa considerado.
- A “Emenda Charasse”, uma regra específica de restrição à dedutibilidade dos encargos financeiros, aplica-se aos grupos que adquirem empresas que se incluirão, após aquisição, no perímetro de um grupo fiscal. Nestes casos, o valor de juros que não é aceite em termos fiscais corresponde à aplicação da fórmula (preço de aquisição das ações sobre a média do endividamento do grupo) aos encargos com os financiamentos incorridos.
- Uma outra limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros designada por “Emenda Carrez”, iniciada em 2012<sup>198</sup>, está relacionada com a aquisição de participações qualificadas em valor superior a € 1.000.000, caso a empresa não demonstre que

---

<sup>198</sup> Introduzida pela Lei n.º 2011 – 1978, de 28 de dezembro de 2011.

efetivamente tem uma intenção comercial e que detém controlo sobre a entidade adquirida, ou caso a empresa não demonstre a falta de ligação entre o empréstimo e a aquisição de partes sociais. A parte de juro não dedutível é computada através da aplicação da percentagem decorrente da divisão do preço de aquisição praticado pelo endividamento da empresa adquirente, durante os oito anos seguintes à aquisição.

- A mesma *escape-clause* relativa ao rácio de endividamento sobre capital próprio do grupo, consolidado, quando superior ao mesmo rácio da empresa individualmente considerado, aplica-se à (não) dedutibilidade de encargos suportados na aquisição de partes de capital.
- Em 2013 foi introduzida uma regra de limitação geral à dedução de encargos indexada à quantidade de encargos financeiros dedutíveis num período de tributação: descendo de uma restrição de 85% para 75% de 2013 para 2014 e anos subsequentes, passaram a ser não dedutíveis os encargos relacionados com a compensação por financiamentos obtidos pelas sociedades francesas, incluindo estabelecimentos estáveis de sociedades não residentes em França, após dedução dos rendimentos decorrentes de financiamentos concedidos<sup>199</sup> – são sujeitos a tributação, deste modo, os encargos líquidos -, desde que ultrapassem o montante € 3.000.000.
- Esta restrição à dedutibilidade dos encargos é uma restrição genérica, aplicando-se a qualquer entidade, independentemente do beneficiário e da motivação por detrás da assunção da dívida, e definitiva, não comportando quaisquer *carry-forwards* ou aproveitamentos de qualquer ordem dos montantes acrescidos: esta é uma regra de restrição genérica à dedutibilidade dos encargos, pelo que quais quer encargos líquidos relacionados com entidades terceiras (e não relacionadas, na ótica do grupo) estão sujeitos à limitação de 25% na sua dedutibilidade, quando ultrapassem o valor da cláusula de exclusão.
- Em 2014 foi introduzida uma regra anti-híbridos relacionada com credores de financiamento que sejam entidades relacionadas, cuja tributação mínima a sociedade francesa não seja capaz de provar um mínimo de tributação equivalente a 25% da taxa

---

<sup>199</sup> De acordo com o artigo 212 *bis* III do Code General des Impôts.

de imposto sobre as empresas francesas, o que equivale a 8,325% (25% de 33,3% de taxa nominal de imposto sobre o rendimento das pessoas coletivas em França).

Denota-se que o sistema jurídico-tributário francês tem um pendor mais complicado, adotando diversas normas específicas, tendo apenas em 2013 adotado uma regra de limitação mais geral, não centrada em situações específicas abusivas. Neste contexto, e de modo a orientar a aplicação das diferentes regras, socorremo-nos do ensinamento dos autores aludidos no início deste capítulo, que indicam a ordem de aplicação das diferentes regras:

- 1) No que respeita a entidades individuais, devem aplicar-se as anteriores regras na seguinte ordem: primeiro, a regras de preços de transferência e de subcapitalização decorrentes do artigo 212 em conjugação com o artigo 39, II a 3 do, seguida da Emenda Carrez (artigo 209, IX) e da Limitação Geral (artigo 212 bis) , todos do Code General des Impôts;
- 2) No que respeita aos grupos, devem aplicar-se as aludidas regras na seguinte ordem: regras de preços de transferência, regras de subcapitalização na ótica dos grupos (artigo 223 B do Code General des Impôts), seguindo-se-lhe as outras 3 regras finais identificadas no ponto anterior.

\*\*\*

Do que se pode concluir da comparação entre os sistemas jurídico-tributários apresentados neste capítulo, com um pendor descritivo dos regimes aplicáveis de forma a obter uma ideia prática dos vários ordenamentos, entendemos que o sistema francês foi o que manteve o cariz mais específico na sua atuação perante as questões de dedutibilidade dos juros, enquanto que o sistema alemão, iniciando a revolução das *earning-stripping rules*, em função da sanção que a regra de subcapitalização obteve junto dos tribunais, centrou o seu combate à dedutibilidade dos encargos financeiros ilegítima através da alocação aos rendimentos tributados da empresa. Portugal seguiu esse entendimento, como vimos no início deste trabalho, uma vez que apenas temos um número reduzido de regras a versar sobre esta temática. Neste ponto, e para

concluir este capítulo, diga-se que a questão de decisão do número de regras a aplicar sobre a questão e da incidência objetiva é sempre fruto da pesagem entre a complexificação do sistema tributário, quer na sua inteligibilidade, quer na sua aplicabilidade, e a maior abrangência do mesmo, possivelmente desconforme aos princípios de tributação, mas de mais fácil aplicação, com as correspondentes repercussões ao nível da obtenção de receita e do respeito pelos princípios tributários. É, portanto, uma escolha do legislador, que não pode no entanto deixar de estar sujeita ao escrutínio do juiz.

## IV - As diferentes faces da questão da dedutibilidade dos encargos com o financiamento

Como nos indica Jan Vleggeert<sup>200</sup>, “*Techniques to achieve BEPS through the use of interest cost include: (1) the use of intra-group loans to generate deductible interest cost in high-tax jurisdictions and taxable income in low tax jurisdictions; (2) the use of interest deductions on loans that fund the acquisition of equity participations that produce dividends which are exempt or deferred for tax purposes; (3) the allocation of disproportionate share of the group’s total third-party interest cost to high-taxed operating companies; and (4) the development of hybrid mismatches (e.g. hybrid instruments which give rise to deductible interest expense but not to corresponding taxable income).*”<sup>201</sup>. Adicionalmente, aquele autor indica outros fatores a ter em consideração na avaliação de uma qualquer regra que vise delimitar o enquadramento referente à dedutibilidade dos encargos financeiros: serão eles a tentativa de evitar situações em que se constate ocorrer dupla tributação, a promoção da segurança jurídica (na interpretação da norma e sua aplicação por todos os intervenientes – autoridades tributárias, contribuintes, outros) bem como a manutenção da competitividade inter-estadual e finalmente a compatibilidade, em cenário europeu, com as regras e princípios adotadas comunitariamente.

---

<sup>200</sup> Vleggeert, Jan, “Public Discussion Draft on Interest Deductions Proposes Worldwide Interest Allocation Rules”, in *Bulleting for International Taxation*, April/May 2015, IBFD, p.297

<sup>201</sup> Tradução livre: “As técnicas para atingir o BEPS através da utilização de juros incluem: (1) utilização de empréstimos intra-grupo que gerem juros dedutíveis in jurisdições de alta tributação e rendimento tributável em jurisdições de baixa tributação; (2) aproveitamento da dedutibilidade de juros em empréstimos obtidos para financiar a aquisição de participações de capital que gerem dividendos isentos ou diferidos na sua tributação; (3) alocação desproporcionada de uma grande parte dos encargos financeiros de um grupo numa jurisdição com alta tributação; e (4) o desenvolvimento de expedientes híbridos (e.g. instrumentos híbridos que gerem encargos dedutíveis, por um lado, mas que não gerem rendimentos tributados).”



As premissas estão corretas e os indicadores de avaliação bem considerados. Sabemos que várias iniciativas têm sido prosseguidas a nível internacional e nacional para combater os efeitos perniciosos da dedutibilidade dos encargos financeiros, apresentados com brevemente acima.

Como ficou entendido também no Capítulo I, é nossa opinião que a regra portuguesa de limitação à dedutibilidade dos encargos com o financiamento não anda propriamente bem no tratamento deste tema. Foram identificadas falhas na sua conceção que, a nosso ver, ditariam o afastamento desta norma. Também foi mencionado que o próprio tratamento conferido pela legislação alemã a esta temática está de momento a ser analisada no Tribunal Constitucional alemão, mas que ainda levará algum tempo até que seja emitida uma decisão por parte daquele órgão jurisdicional. Apesar disso, frisou-se que os argumentos expedidos na decisão do Bundesfinanzhof são semelhantes àqueles que apresentámos com base em interpretações da doutrina portuguesa e no nosso próprio entendimento, pelo que consideramos que a regulação que de momento se objetiva a nível internacional e europeu, e que perpassa já diversos ordenamentos para o tratamento da transferência abusiva de lucros tributáveis entre entidades relacionadas, incluindo o nosso, poderá não ter uma conformidade constitucional tão líquida quanto se pensa. Mas, quererá isso dizer que Portugal nada deverá fazer para adereçar este tema? Ou mesmo que a regra de limitação à dedutibilidade dos encargos não pode ser aproveitada?

O objetivo desta dissertação foi dar um enquadramento ao tratamento dos gastos de financiamento líquidos, tanto a nível nacional como internacional. No entanto, cabe aos Estados , até porque parte dos problemas que estão relacionados com as técnicas de erosão da base tributável e transferência de lucros podem ser realizadas por uma única entidade – sem que esta pertença a um grupo societário, portanto –, pelo que não temos dúvidas de que devem existir mecanismos na ordem jurídica portuguesa que regulem este tipo de despesas.

No sentido de formarmos um entendimento sobre as possíveis abordagens a seguir pelo legislador português, cumpre olhar para o acervo legislativo de que dispomos, equacioná-lo à luz dos desenvolvimentos legislativos, jurisprudenciais, administrativos e doutrinários que compõem o Direito como corpo regulativo de situações da vida, para posteriormente decidir se a melhor atuação não passará pela utilização dos mecanismos que o sistema jurídico já

dispõe – ou dispôs –, com a correspondente vantagem de menor complexificação do ordenamento jurídico-tributário ou se uma outra solução deve ser procurada.

Assim, iniciaremos este trilha pela regra geral de dedutibilidade dos encargos financeiros, prevista no artigo 23.º do Código do IRC, onde nos deteremos sobre a valia desta regra para o tratamento da questão em apreço e onde tentaremos descortinar se o seu alcance poderá ser maximizado no sentido de ir ao encontro do combate às técnicas de erosão da base tributável e transferência de lucros.

## Regra geral da dedutibilidade dos juros

Sob a pena de Maria dos Prazeres Lousa<sup>202</sup>, “*A dedução dos juros e outros encargos de natureza financeira rege-se, fundamentalmente, pelas mesmas regras que são aplicáveis aos outros custos e encargos suportados pelas empresas para a obtenção dos proveitos ou ganhos.*”.

O mesmo é afirmar que a dedutibilidade dos juros segue portanto, em Portugal e no que ao IRC diz respeito, a regra do artigo 23.º do Código do IRC, de epígrafe “*Gastos e Perdas*”, que comina:

### *Artigo 23.º - Gastos e Perdas*

1. *Para a determinação do lucro tributável, são dedutíveis todos os gastos e perdas incorridos ou suportados pelo sujeito passivo para obter ou garantir os rendimentos sujeitos a IRC.*<sup>203</sup>
2. *Consideram-se abrangidos pelo número anterior, nomeadamente, os seguintes gastos e perdas: (...)*
  - c) *De natureza financeira, tais como juros de capitais alheios aplicados na exploração, descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio, gastos com operações de crédito, cobrança de dívidas e emissão de obrigações e outros títulos, prémios de reembolso e os resultantes da aplicação do método do juro efetivo aos instrumentos financeiros valorizados pelo custo amortizado.*”

Efetivamente, a dedutibilidade dos encargos incorridos no âmbito da atividade económica exercida por uma empresa é uma decorrência dos Princípios da Justiça Tributária e da

---

<sup>202</sup> **Lousa, Maria dos Prazeres Rito**, “O Problema da Dedutibilidade dos Juros para Efeitos da Determinação do Lucro Tributável”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 171, Abril 1995, Centro de Estudos Fiscais, p.348

<sup>203</sup> Redação da Lei n.º 2/2014, de 16 de Janeiro; aplicável nos períodos de tributação que se iniciem, ou aos factos tributários que ocorram, em ou após 01-01-2014. Na redação anterior àquela lei, lia-se: “*Consideram-se gastos os que comprovadamente sejam indispensáveis para a realização dos rendimentos sujeitos a imposto ou para a manutenção da fonte produtora, nomeadamente (...)*”

Capacidade Contributiva. Neste contexto, descreve António Moura Portugal<sup>204</sup>: “(...) *ao rendimento total auferido deverão ser deduzidas as despesas específicas para a sua obtenção, pois estes gastos ou despesas constituem uma expressão negativa da capacidade contributiva e, como tal, sempre que se revelarem necessárias à produção ou obtenção do rendimento devem ser excluídas desse conceito.*”, colocando por palavras a substância que subjaz ao número 2 do artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa e que se pode resumir na expressão *tributação pelo rendimento real das empresas* que Gomes Canotilho e Vital Moreira consideram preferida<sup>205</sup>, salvo casos excecionais previstos na lei<sup>206</sup>, sobre a tributação segundo o lucro normal. Para Saldanha Sanches<sup>207</sup> esta é inclusivamente uma das consequências mais inerentes ao princípio da segurança jurídica, na medida em que a projeção do rendimento real é feita de acordo com a contabilidade e permite ao contribuinte calcular o imposto que há-de pagar no futuro, pelo que sempre deverá ser concedida possibilidade de deduzir os encargos incorridos com a obtenção de rendimento, em termos gerais, claro está.

No entanto, ainda que decorram da Lei<sup>208</sup> os princípios enunciados acima que apontam para a consideração de todos os gastos incorridos pela empresa, ressalvas devem ser feitas em relação à dedutibilidade de certos encargos que, por diversas razões, não deverão ser tidos em conta no apuramento do lucro tributável. Assim, como indica Tomás Cantista Tavares<sup>209</sup>, serão quatro as razões que podem estar por detrás da desconsideração de gastos incorridos: *motivos de cariz técnico-práticos*, como a não dedutibilidade do IRC, da derrama e das tributações autónomas (cfr. Art.º 23.º-A/1-a) CIRC, na redação conferida pela Lei 2/2014 de 16 de janeiro); *separação entre o património da sociedade e dos seus sócios*, como decorre da

---

<sup>204</sup> **Portugal, António Moura**, “A Dedutibilidade de Custos em IRC: Reflexões sobre Custos Incorridos em Atividades Isentas e Não Tributadas”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 416, julho – dezembro 2005, p.58

<sup>205</sup> **Canotilho, Gomes, Moreira, Vital**, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3ª Edição, Editora Coimbra, 1993

<sup>206</sup> Cfr. Artigos 87.º a 94.º da LGT, referente à tributação segundo métodos indiretos.

<sup>207</sup> **Sanches, José Saldanha**, “Acerca da Hipótese de um Imposto sobre o Património da Empresa”, in *Cadernos Ciência e Técnica Fiscal*, n.º 171, Lisboa, 1995

<sup>208</sup> Entenda-se Lei, para estes efeitos, como equivalendo à Constituição da República Portuguesa bem como legislação ordinária compondo o sistema jurídico-tributário português.

<sup>209</sup> **Tavares, Tomás Cantista**, “Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Coletivas: Algumas Reflexões ao Nível dos Custos”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 396, outubro-dezembro, Centro de Estudos Fiscais, 1999, pp. 98 - 109

exclusão de consideração de encargos relacionados com ajudas de custo e encargos com deslocação em viaturas próprias do trabalhador, quando certos requisitos não sejam cumpridos (cfr. Art.º 23.º-A-h) CIRC) ou da exclusão de encargos com combustíveis, quando o sujeito passivo não comprove estarem estes ligados a bens do seu ativo (cfr. Art.º 23.º-A/1-j) CIRC); *moralização / promoção ética do contribuinte*, patente na não dedutibilidade de despesas ilícitas ou de multas, coimas e demais encargos pela prática de infrações de qualquer natureza sem origem contratual (cfr. Art.º 23.º-A/1-d) e e) CIRC); finalmente, um último fito de não dedutibilidade baseado em *exigências formais*, na medida em que se exija suporte documental para a comprovação das despesas e este não exista – é o caso das despesas não documentadas e dos encargos cuja documentação não cumpra os requisitos formais exigidos pelo artigo (cfr. Art.º 23.º-A/1-b) e c) CIRC).

Todavia, como queda decorrente da sua epígrafe (“*Encargos não dedutíveis para efeitos fiscais*”), o artigo 23.º-A do CIRC é uma norma de limitação expressa à dedutibilidade dos gastos. Antes dessa, coloca-se o artigo 23.º como cláusula geral de abordagem à dedutibilidade dos mesmos. Sobre a interpretação do artigo 23.º do CIRC, especialmente na parte que para a dedutibilidade dos juros interessa, cumpre fazer alusão a um conjunto de questões já abordadas pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas, nem sempre lhes tendo sido conferida solução definitiva todavia, de modo a definirmos as extremas do campo de atuação deste artigo que deve ser, no fundo, o ponto de partida (vamos ver se, talvez, de chegada) a uma análise aos encargos e seu regime de dedutibilidade. Para tal, relembrem-se as redações do artigo apresentadas anteriormente para mais facilmente compreender a sistemática adotada abaixo.

### **Conceito de Gasto**

Numa primeira abordagem ao conceito de gasto, e porque o Capítulo III do IRC que versa sobre a *Determinação da matéria coletável* indica, na alínea a) do número 1 do artigo 15.º, que “(...) a matéria coletável obtém-se pela dedução ao lucro tributável, determinado nos termos dos artigos 17.º e seguintes (...)”, deve entender-se que a matéria coletável equivalerá ao rendimento líquido, após dedução aos rendimentos dos gastos incorridos. Tal é corolário do Princípio da Capacidade Contributiva e seu perfilhamento no Princípio da Tributação pelo Rendimento Real, como fico já explícito, que encontra assento constitucional no artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa. Como indica António Cantista Tavares: “Na

*tributação das receitas líquidas, pelo contrário, o imposto abarca a riqueza efectivamente gerada num dado período, por dedução aos proveitos (componentes positivas) de todos os custos ligados à sua obtenção (componentes negativas). (...) [A] tributação de acordo com a capacidade económica apenas se realizada neste último modelo, pois só ele traduz, com rigor, o lucro real.”*<sup>210</sup>.

Na determinação da matéria coletável, o referido autor apresenta o excursus mais desenvolvido na doutrina portuguesa (entre aqueles que o autor conhece) sobre a relação entre a contabilidade e o direito fiscal no apuramento da matéria coletável, sendo inúmeras vezes considerada obra de referência na literatura nacional sobre o tema. Nestes termos, o autor identifica três modelos de apuramento do lucro fiscal, naquilo que é a relação entre o lucro contabilístico – apurado com recurso às contas e instrumentos financeiros preparados pelas empresas – e o lucro fiscal - corrigido nos termos do Código do IRC: o modelo de Dependência Total, o Modelo de Dependência Parcial e o Modelo da Autonomia.

Segundo o modelo da Autonomia, prevê-se a “(...) *criação de um corpo de regras fiscais próprias e exaustivas sobre o apuramento dos resultados empresariais* (...)” que coexistiria a par e à margem dos preceitos contabilísticos. A este modelo são assacadas, principalmente, as críticas de desnecessidade com a duplicação de procedimentos e excessiva complexificação a ela associada, quando a ordem contabilística apresenta (ou deve apresentar) bases fiáveis para o apuramento do lucro real pelo que, pela generalidade da doutrina portuguesa, não é concedida qualquer utilidade a este modelo.

O modelo da Dependência parece assim servir como o ponto de partida ideal para o apuramento do lucro tributável, com base nas informações contabilísticas (vertidas no Balanço e na Demonstração de Resultados<sup>211</sup>). Entenda-se que aquele sempre irá partir do

---

<sup>210</sup> **Tavares, Tomás Cantista**, “Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Colectivas: Algumas Reflexões ao Nível dos Custos”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 396, outubro-dezembro, Centro de Estudos Fiscais, 1999

<sup>211</sup> De acordo com o número 1 do artigo 4.º da Diretiva 2013/34/EU do Parlamento Europeu e da Comissão Europeia, datada de 26 de junho, “*As demonstrações financeiras anuais constituem um todo e compreendem para todas as empresas, no mínimo, o balanço, a demonstração de resultados e as notas às demonstrações financeiras.*”, sendo que o Balanço apresenta o estado patrimonial da empresa numa certa data (normalmente, a data equivalente ao final do período de tributação de referência) e a Demonstração de Resultados agrega os gastos incorridos e rendimentos obtidos durante um dado período (normalmente, correspondente ao período de tributação adotado pela empresa).

lucro contabilístico, pelo que existe uma receção tácita dos princípios e métodos de apuramento oriundos da Contabilidade, sendo aquele autor contundente ao afirmar que “ (...) [E]xiste um amplo espectro de convergência nos fins tutelados pelos dois sistemas normativos, de tal forma que a lei fiscal, em lugar de estabelecer um conjunto de regras exaustivas com vista ao apuramento do lucro tributável, apropria-se, antes, dos respectivos cálculos contabilísticos.”

Daquilo que dos termos do modelo de Dependência Total se infere, “(...) o lucro tributável [ou lucro fiscal] assume, sic et simpliciter, o rendimento que emerge no balanço, por estrita observância dos correspondentes preceitos económico-contabilísticos.”. No entanto, não é este o método adotado pelo legislador português, mas é sim o modelo da Dependência Parcial a reger a relação entre Contabilidade e Direito Fiscal, como decorre do n.º 2 do artigo 3.º do CIRC, ao afirmar que “(...) o lucro consiste na diferença entre os valores do património líquido no fim e no início do período de tributação, com as correções estabelecidas neste Código.”, que encontra respaldo no conteúdo do artigo 17.º em sede de Capítulo sobre a determinação da matéria coletável de IRC. Na verdade aquela primeira abordagem “(...) não assimila as inegáveis diferenças dos pontos de vista entre os dois universos científicos (...)”, as quais não cumpre nesta sede analisar. Bastamo-nos, no que a este ponto concerne, em concluir, como o autor que de momento seguimos de perto, que “Em suma, a eleição do modelo de apuramento da matéria colectável por sustentação contabilística implica uma sobrevalorização desta última, através de uma imperatividade acrescida, com a concomitante tutela da verdade contabilística por intermédio do sistema fiscal.”. Neste ponto socorremo-nos do Preâmbulo do Código do IRC quando este afirma que “Afastadas uma separação absoluta ou uma identificação total, continua a privilegiar-se uma solução marcada pelo realismo e que, no essencial, consiste em fazer reportar, na origem, o lucro tributável ao resultado contabilístico ao qual se introduzem extra contabilisticamente, as correções – positivas ou negativas – enunciadas na lei (...)”<sup>212</sup>.

Assim, o gasto, para efeitos fiscais, nos termos da redação atual do artigo 23.º, pressupõe a existência de um decaimento económico associado à obtenção ou manutenção de rendimentos

---

<sup>212</sup> Preâmbulo do Código do IRC, tal como aprovado pelo Decreto-Lei n.º 442-B/88, de 30 de novembro.

sujeitos a IRC, cuja dedutibilidade não seja coartada por regras específicas de apuramento da matéria coletável. Esta redação, introduzida por via da Lei n.º 2/2014 de 16 de janeiro, deixou cair dois requisitos que antigamente se encontravam expressos, a saber, a “*comprovação*” dos encargos, bem com a sua “*indispensabilidade*”: crê-se que o fez para estimular o investimento nacional e estrangeiro, melhorando a competitividade do sistema fiscal português, de modo a fazer face à diminuição verificada naqueles indicadores económicos, tendo para isso pretendido simplificar a aplicação da legislação de IRC, como decorre da Proposta de Lei que antecedeu a publicação da referida Lei<sup>213</sup>. O mesmo é confirmado pelo seguinte trecho do Relatório Final da Comissão para Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas: “[E]ntendeu a Comissão propor uma evolução normativa quanto ao princípio geral da aceitação dos gastos. Tal proposta acolhe a linha que a doutrina e a jurisprudência vêm sustentando, e pode revelar-se um meio para incrementar o grau de certeza na aplicação concreta do princípio basilar relativo à dedutibilidade. Adicionalmente, pode ainda constituir uma via para o decréscimo da significativa litigância decorrente da aplicação do preceito em causa.”<sup>214</sup>.

Neste contexto, e tendo já sido dado enfoque ao modo de contabilização e apuramento do decaimento económico, conceder-se-á enfoque aos desenvolvimentos ocorridos com respeito ao requisito de “*indispensabilidade*” consagrado na redação vigente antes da entrada em vigor da referida legislação, por motivos que se explicitarão abaixo<sup>215</sup>.

### **Conceito de “Indispensabilidade”**

Revisitando o conteúdo do artigo 23.º que atrás se deixou exposto, e em primeiro lugar, cumpre afirmar que este excursus em que agora se incorre apenas é motivado uma vez que o Código do IRC não nos bafeja com uma definição clara e rigorosa do que sejam custos aceites para efeitos de apuramento do lucro tributável. Ao invés, como aliás já identificou António

---

<sup>213</sup> Proposta de Lei n.º 175/XII de 10 de outubro de 2013

<sup>214</sup> *Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, “Relatório Final”, Lisboa, Ministério das Finanças, 2013, pp. 97 e 98

<sup>215</sup> Quando ao requisito da “*comprovação*”, não se concederá desenvolvimento maior aqui, por se considerar que não revela tanta relevância para o tema em apreço.

Moura Portugal<sup>216</sup>, o Código optava diretamente por fazer relacionar a definição de custo com a obtenção de um respetivo ganho e a sua indispensabilidade para o mesmo, promovendo no seu enalce uma exemplificação não taxativa (atente-se ao advérbio “*nomeadamente*” no prómio do número 2 do artigo em questão) de encargos aceites fiscalmente.

Adquire então sobeja importância revisitar, *ab initio*, a questão da característica de “indispensabilidade” convocada expressamente na redação anterior a 2014 do artigo 23.º do CIRC mas ainda premente atualmente uma vez que, apesar da mudança de redação do artigo, esta *vexata questio* é uma que sempre acompanhará, a nosso ver, a temática da dedutibilidade dos custos, expressa ou não na letra da lei, uma vez que nela assenta a própria utilidade da norma<sup>217</sup>, <sup>218</sup>. Desta opinião é António Martins quando afirma: “(...) *pesem embora as alterações do CIRC (2013) para a Proposta da Comissão de Reforma, e desta Proposta para o texto legal do CIRC (2014), entendemos que a aplicação concreta do preceito continuará a assentar na relação dos gastos com a atividade empresarial como condição geral para a respetiva dedutibilidade.*”, pelo que cumpre revisitar os desenvolvimentos expedidos pela doutrina e jurisprudência sobre o tema.

Assim, podem considerar-se três estádios de relação da indispensabilidade entre os custos incorridos para a obtenção de rendimentos. Na esteira de Tomás Tavares, são identificadas “(...) *três teses distintas na forma como pode ser interpretada a relação de causalidade subjacente à noção de indispensabilidade do custo com a receita: uma primeira tese restritiva, que entenda a indispensabilidade como sinónimo de absoluta necessidade,*

---

<sup>216</sup> Portugal, António Moura, 2005 [ob.cit]

<sup>217</sup> Não se vai tão atrás, ao ponto de convocarmos o requisito da “*razoabilidade*”, em tempos também constante da redação do Código da Contribuição Industrial, e que permitia à Administração Tributária tecer juízos valorativos e apreciativos sobre as escolhas de gestão levadas a cabo pelos Contribuintes, exercendo uma discricionariedade sobre os limites qualitativos e, principalmente, quantitativos dos gastos apresentados pelos contribuintes.

<sup>218</sup> Na esteira de Tomás Tavares, considera-se que o abandono do requisito da “*indispensabilidade*” da redação do artigo 23.º do CIRC terá que ver com a sobreposição de aplicações resultante, por um lado, da recondução daquele requisito, quando vertido na lei, a um fito económico-societário e, por outro lado, da decorrência dessa mesma interpretação diretamente do artigo 160.º do Código Civil e do artigo 6.º do Código das Sociedades Comerciais que estabelecem, de acordo com o número 1 deste último normativo, “*A capacidade da sociedade compreende os direitos e as obrigações necessários ou convenientes à prossecução do seu fim, exceptuados aqueles que lhe sejam vedados por lei ou sejam inseparáveis da personalidade singular.*”. Dada a similitude de conclusões, o abandono daquela expressão do artigo 23.º estará sempre salvaguardada pela interpretação conforme a estes dois normativos, com o benefício de passar a estar mais protegida contra interpretações desconformes, como analisaremos de seguida, ao termo expresso de *indispensável*.



*exigindo uma relação de causalidade necessária entre despesa e proveito o tipo conditio sine qua non; uma segunda corrente intermédia, que propugna a aceitação dos gastos tidos por convenientes para a empresa (indispensabilidade seria, assim, significado de conveniência empresarial); e, por último, os que defendem que o significado do conceito se deve encontrar por recurso à integração directa da despesa no escopo ou fim de interesse societário”.* A doutrina nomeada já deu provas da inoperância de duas das correntes acima sumarizadas: por um lado, líquido será que uma posição como a primeira que foi descrita – exigindo uma relação de causalidade necessária entre custos e obtenção de proveitos – mostrar-se-á cerceadora da atividade económica por não considerar gastos que no âmbito daquela e para o interesse daquela foram incorridos; de igual modo, tal interpretação estaria de acordo com uma abordagem ao preceito que traria largos poderes de conformação à Autoridade Tributária, mais uma vez concedendo-lhe a prerrogativa de desqualificar custos relacionados com operações não geradoras de rendimento, mesmo que tal fosse derivado de condições externas à atuação próprio Contribuinte, o que hoje não é de todo acolhido pela doutrina, jurisprudência nem é reconhecido pela Autoridade Tributária; finalmente, a própria sistemática do artigo 23.º do CIRC não se coaduna com esta interpretação, uma vez que admite no elenco do número 2 gastos que, à partida, não terão correspondência na obtenção de qualquer rendimento, deitando por terra uma hipotética teoria da *conditio sine qua non* como *iter* interpretativo do preceito. Paralelamente, uma segunda interpretação estabelece um critério menos rígido de interpretação da indispensabilidade patente no artigo 23.º, podendo ser-lhe assacada, no entanto, uma fragilidade endémica pois o conceito de “conveniência” não é o mais indicado para ser um crivo de aceitação de gastos, na medida em que se sujeita ainda a um grande controlo por parte da Autoridade Tributária e a interpretações baseadas, exatamente, na maior *conveniência* do aplicador da lei, seja este os serviços tributários, o contribuinte, os tribunais, entre vários. A autonomia privada concedida ao Contribuinte na livre conformação da sua atividade em tudo o que se encontre dentro dos parâmetros legais e constitucionais é uma própria decorrência do Princípio da Liberdade de Iniciativa Económica e da Propriedade Privada (artigos 61.º e 62.º da Constituição da República Portuguesa), pelo que não poderia uma avaliação *a posteriori* dos atos de gestão societários pela Autoridade Tributária considerar-se idónea para aferir da dedutibilidade de custos que são tomados *aprioristicamente*, muitas vezes em situações de assimetria informativa naturalmente

penalizadoras das sociedades, e motivadas pela gestão societária que a Autoridade Tributária não estará por dentro do negócio para inteligir.

Deve concluir-se, do que ficou exposto, pela adoção, em Portugal, da consideração de que os gastos da empresa serão aqueles que possam ser reconduzidos ao encontro do escopo societário da mesma, identificando-se com a terceira tese identificada, sem que sobre eles deva ser feita (mormente, pela Autoridade Tributária enquanto órgão liquidatário) juízos de correção empresarial. O autor Tomás Tavares afirma. *“Os custos indispensáveis equivalem aos gastos contraídos no interesse da empresa ou, por outras palavras, em todos os actos abstractamente subsumíveis num perfil lucrativo”*. António Moura Portugal assim o conclui quando afirma: *“Os custos indispensáveis equivalem, assim, aos gastos contraídos no interesse da empresa. A dedutibilidade fiscal do custo depende apenas de uma relação causal e justificada com a actividade produtiva da empresa e esta indispensabilidade verifica-se “sempre que – por funcionamento da teoria da especialidade das pessoas colectivas – as operações societárias se insiram na sua capacidade, por subsunção ao respectivo escopo societário e, em especial, desde que se conectem com a obtenção de lucro ainda que de forma indirecta ou mediata”*<sup>219</sup>. De novo Tomás Tavares vai neste sentido, afirmando, *“A indispensabilidade subsume-se a todo qualquer ato realizado no interesse da empresa (...) A noção legal de indispensabilidade reprime, pois, os actos desconformes com o escopo da sociedade, não inseríveis no interesse social (...)”*. Também a jurisprudência portuguesa sustenta esta conclusão: para tal, atente-se aos Acórdãos do CAAD 12/2013-T, 39/2013-T e 258/2015-T, entre outros, sendo que pode ser lido neste último, por todos: *“(...) dir-se-á que para a aplicação do art. 23.º do CIRC (em qualquer das suas redacções) a “indispensabilidade” é um nexo de relação entre custos e proveitos que se afere num sentido económico, devendo ter-se por imprescindível o gasto contraído em ordem à obtenção dos proveitos, ou ao menos para garantia da vigência e manutenção da sociedade e sua actividade, sendo portanto “indispensável” o custo fiscal incorrido em interesse próprio e egoístico da sociedade que regista tal custo. O conceito de “indispensabilidade” remete, assim para a funcionalização ao objecto societário, procurando-se evitar, genericamente e na medida do possível, aferições livres a partir de um qualquer juízo subjectivo do aplicador*

---

<sup>219</sup> Portugal, António Moura, 1999 [ob.cit]

*da lei, alicerçado em cálculos de oportunidade ou na discricionabilidade técnica.”. De igual modo o Supremo Tribunal Administrativo indica, na sua decisão de 24 de setembro de 2014, no Processo n.º 0779/12: “(...) [U]m custo será aceite fiscalmente caso, num juízo reportado ao momento em que foi efectuado, seja adequado à estrutura produtiva da empresa e à obtenção de lucros, ainda que se venha a revelar uma operação económica infrutífera ou economicamente ruinosa, e a AT apenas pode desconsiderar como custos fiscais os que não se inscrevem no âmbito da actividade do contribuinte e foram contraídos, não no interesse deste, mas para a prossecução de objectivos alheios (quando for de concluir, à face das regras da experiência comum que não tinha potencialidade para gerar proveitos)”<sup>220</sup>.*

Detenhamo-nos alguns momentos sobre a abrangência do conceito de atividade em conexão com o fito societário para compreender que este ultrapassa “(...) o conjunto de operações produtivas (...)”, integrando também “ (...) o conjunto de operações que, entre outras, têm por propósito a realização de investimentos (...) e muitas outras aqui não expressamente referidas.”. Estas são conclusões de António Martins<sup>221</sup>, que sumariza a sua opinião, com a qual concordamos e que no fundo vem condensar a evolução doutrinária e jurisprudencial sobre o tema<sup>222</sup>, da seguinte forma: “*Restringir a atividade da empresa a operações técnico-produtivas é algo que está muito afastado da realidade económica e jurídica das organizações económicas de cariz societário. (...) Havendo uma participação societária de A em B (...) [o] facto de que tais decisões, tomadas na esfera de A, influenciarem o património de B, não quer contudo dizer que elas sejam concretizadas no interesse de terceiros; ou seja, que se possam classificar como alheias à atividade da participante. Elas são tomadas a partir do interesse da participante (A) em assegurar a operacionalização e rendibilização do seu investimento (em B). (...) [A] participação e respetiva gestão estão incluídas no interesse e atividade da participante.”.*

---

<sup>220</sup> Ver também, sobre este tema, e na jurisprudência nacional, os acórdãos do STA de 15.6.2011, Processo n.º 049/11, e de 29.3.2006, Processo n.º 01236/05, bem como o acórdão do TCA Sul de 16.10.2014.

<sup>221</sup> **Martins, António**, “A dedutibilidade dos juros e a noção de “atividade” das sociedades: a propósito do artigo 23.º do CIRC”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, N.º 4, Ano V, Editora Almedina, 2012

<sup>222</sup> Note-se que nem sempre foi assim, identificando-se, entre outros, dois acórdãos do Supremo Tribunal Administrativo (Processo 0171/11 de 30 de maio de 2012 e Processo 1046/05 de 7 de fevereiro de 2007) que apontam no sentido de um conceito restritivo de atividade

Na verdade, não poderia ser de outra maneira, atendendo ao conceito de ativo preparado pela contabilidade e que o artigo 17.º/1 do CIRC nos exorta a convocar, uma vez que o lucro tributável é, à luz desta regra, apurado nos termos da contabilidade e apenas depois corrigido eventualmente nos termos da legislação fiscal. Assim, e nos termos da Estrutura Conceptual do SNC<sup>223</sup>, a definição de ativos (Parágrafo 49 a) e Parágrafos 52 a 58) caracteriza-os como “(...) *um recurso controlado pela entidade como resultado de acontecimentos passados e do qual se espera que fluam para a entidade benefícios económicos futuros;*” sendo que estes benefícios económicos serão “(...) *o potencial de contribuir, directa ou indirectamente, para o fluxo de caixa e equivalentes de caixa (...)*” podendo “(...) *fluir para a entidade de diferentes maneiras.*”, nomeadamente através da produção, alienação, distribuição aos proprietários, entre outras formas. No parágrafo 55 é dito “*Muitos activos, por exemplo activos físicos tangíveis, têm uma forma física. Porém, a forma física não é essencial à existência de um activo (...)*” e, correspondentemente, no parágrafo 5 da NCRF 27, um ativo financeiro é considerado qualquer ativo que seja, entre outros “(...) *b) Um instrumento de capital próprio de uma outra entidade;*”, pelo que sempre um ativo. Queda claro que a definição de ativo incorpora os elementos patrimoniais, de natureza financeira, corporizados em instrumentos de capital próprio detidos sobre outras entidades e que, a assim ser, a noção de atividade deve englobar não só a gestão de ativos operacionais (ativos fixos tangíveis, propriedades de investimento, entre outros), como também toda a gama de atos de gestão que envolvam a gestão dos ativos financeiros (seja por via da alienação, por via do financiamento), ainda que estejam venham a ser praticados na esfera da sociedade participada. Podemos deixar concluído, pelo que ficou exposto, que a aceitação de gastos, enquanto decorrência do princípio da tributação pelo rendimento real que foi elencado anteriormente, deve ser admitida sempre que se mostre incorrida dentro do âmbito da capacidade societária a que alude o artigo 6.º do CSC ou o artigo 980.º do CC, não cabendo sobre ela juízos *a posteriori*. Deve igualmente interpretar-se o conceito de *atividade*, que se relaciona intimamente com aqueloutro de *indispensabilidade* para este fim, numa perspetiva global do

---

<sup>223</sup> Aviso n.º 15 652/2009 de 7 de setembro (Diário da República, Série II, n.º 173). Para efeitos bibliográficos, foi consultada a obra de **Rodrigues, João**, “Sistema de Normalização Contabilística Explicado”, 2ª Edição, Porto Editora, 2011

escopo prosseguido pela empresa, não tendo que ser reconduzido única e exclusivamente à componente operacional do mesmo.

Neste sentido consideramos que, embora o discorrido anteriormente esteja ligado à interpretação de um conceito que atualmente não se encontra diretamente vertido na lei, ainda assim é de trazê-lo por perto, a ele e a todo desenvolvimento doutrinário e jurisprudencial respetivo, uma vez que apenas este percurso permite conceder uma interpretação correta à “*incorrência*” ou “*suportação*” de gastos e perdas para obter ou garantir os rendimentos (tal como se lê na redação atual do artigo 23.º CIRC) e apenas tendo-o em mente se pode casar a norma do artigo 23.º do CIRC com as normas que definem o escopo societário (artigo 6.º do CSC), primando pelo alinhamento de orientações fiscais e comerciais.

### **“Rendimentos sujeitos a IRC”**

Outra componente do proémio do artigo 23.º do CIRC, que permaneceu inalterada pela reforma do imposto em 2014, foi a condição de que os gastos dedutíveis sejam incorridos para a obtenção de rendimentos sujeitos a imposto. Numa primeira abordagem ao que esta expressão integrante do proémio do artigo 23.º do CIRC poderá significar, cumpre chamar a atenção para o facto de esta definição relevar na discussão do alcance a conferir à norma, designadamente no que toca à interpretação da sujeição de rendimentos a IRC.

É mister convocar as fontes interpretativas do Direito para aclarar a distinção entre a não sujeição de rendimentos a tributação e a sua isenção, uma que é hoje pacífica entre a doutrina e jurisprudência.

A primeira que aponta neste sentido e é clara em distinguir as duas realidades é a de Casalta Nabais, quando refere que “(...) *os benefícios fiscais se enquadram numa noção mais ampla – a noção de desagravamentos fiscais – que integra: de um lado, as não sujeições tributárias (...); de outro, os benefícios fiscais*”. (...) [E]nquanto as não sujeições são medidas fiscais de carácter normativo que estabelecem as delimitações negativas expressas da incidência (artigo 4.º, n.º2), inscrevendo-se portanto na política fiscal ou política de obtenção de receitas fiscais, os benefícios fiscais são “*medidas de carácter excepcional instituídas para tutela de*

*interesses públicos extrafiscais relevantes que sejam superiores aos da própria tributação que impedem (art.º 2.º, n.º 1) (...)*”<sup>224</sup>

Também no seio da jurisprudência esta questão não é deixada sem resposta. Assim, nos termos do Acórdão do STA de 25 de janeiro de 2012, no Processo n.º 0144/11, pode ler-se: “*Os conceitos de não sujeição a tributação e isenção de tributação são distintos e não se confundem. Na não sujeição a norma de incidência não prevê de todo a submissão a tributação de uma determinada situação, ao contrário na isenção a norma de incidência prevê a tributação de tal situação mas surge uma norma de protecção, a norma de isenção, que contraria o princípio da generalidade, liberando o cumprimento da obrigação tributária.*”. (sublinhado do autor).

Uma vez distinguindo-se as noções, estaremos mais bem abalizados para discorrer sobre a abrangência da incidência definida no artigo 23.º do Código do IRC, com base naquela expressão. Revela-se, desde já, o objetivo pretendido com este excursus: altera totalmente a abrangência do preceito caso na expressão “*rendimentos sujeitos a IRC*” se incluam todos os rendimentos sujeitos, ainda que isentos de tributação ou, pelo contrário se excluam rendimentos tanto não sujeitos, como sujeitos mas isentos, ou seja, rendimentos efetivamente tributados.

Em primeiro lugar deve partir-se, como aliás convém ao artigo 11.º da LGT e, por sua remissão, ao artigo 9.º do CC, do elemento literal da norma em análise o qual parece, com pouca margem para dúvida, permitir uma integração dos rendimentos sujeitos e isentos na órbita dos rendimentos ali definidos, considerando dedutíveis os gastos incorridos para obtenção desses rendimentos. Para mais, e aludindo já à “*unidade do sistema jurídico*” (elemento sistemático de interpretação), o legislador parece ter andado claramente neste sentido ao redigir aquela cláusula geral de aceitação de gastos, tanto que optou por uma redação mais clara quando considerou que aquela diferenciação era (porventura<sup>225</sup>) mais premente noutros campos: referimo-nos, nesta sede, ao artigo 54.º do CIRC<sup>226</sup> que, acerca do

---

<sup>224</sup> Nabais, Casalta, “Direito Fiscal”, 6ª Edição, Ed. Almedina, 2010

<sup>225</sup> Serão tecidos comentários ao tratamento desigual conferido a estas duas realidades, em sede própria.

<sup>226</sup> Correntemente, é a seguinte a redação do artigo:

rendimento global obtido por pessoas coletivas e outras entidades residentes que não exerçam, a título principal, atividade comercial, industrial ou agrícola, prevê a desconsideração dos gastos que *estejam especificamente ligados à obtenção de rendimentos não sujeitos ou isentos de IRC*. Assim, e atendendo principalmente à letra da lei, podemos intuir que dificilmente se descortinará uma razão para alargar a sua aplicação aos rendimentos sujeitos mas isentos ou tributados a uma taxa reduzida em sede de IRC.

Esta questão foi já alvo de diferentes interpretações por parte dos vários aplicadores / intérpretes do Direito, que basearam a interpretação da norma em função de diversos argumentos, que passaremos a expor.

O Centro de Estudos Fiscais, em 17 de maio de 1995, emitiu um entendimento<sup>227</sup> através do qual corrigia a liquidação de imposto de uma entidade bancária que, não sujeitando a tributação os juros recebidos de títulos de dívida pública espanhola por não se encontrarem sujeitos a tributação em sede de IRC ao abrigo do artigo 11.º da CDT entre Portugal e Espanha, deduziu simultaneamente os encargos financeiros incorridos para obtenção dos

---

#### **“Artigo 54.º**

##### *Gastos comuns e outros*

*1 — Os gastos comprovadamente indispensáveis à obtenção dos rendimentos que não tenham sido considerados na determinação do rendimento global nos termos do artigo anterior e que não estejam especificamente ligados à obtenção dos rendimentos não sujeitos ou isentos de IRC são deduzidos, no todo ou em parte, a esse rendimento global, para efeitos de determinação da matéria colectável, de acordo com as seguintes regras:*

*a) Se estiverem apenas ligados à obtenção de rendimentos sujeitos e não isentos, são deduzidos na totalidade ao rendimento global;*

*b) Se estiverem ligados à obtenção de rendimentos sujeitos e não isentos, bem como à de rendimentos não sujeitos ou isentos, deduz-se ao rendimento global a parte dos gastos comuns que for imputável aos rendimentos sujeitos e não isentos.*

*2 — Para efeitos do disposto na alínea b) do número anterior, a parte dos gastos comuns a imputar é determinada através da repartição proporcional daqueles ao total dos rendimentos brutos sujeitos e não isentos e dos rendimentos não sujeitos ou isentos, ou de acordo com outro critério considerado mais adequado aceite pela Autoridade Tributária e Aduaneira.*

*3 — Consideram-se rendimentos não sujeitos a IRC as quotas pagas pelos associados em conformidade com os estatutos, bem como os subsídios destinados a financiar a realização dos fins estatutários.*

*4 — Consideram-se rendimentos isentos os incrementos patrimoniais obtidos a título gratuito destinados à directa e imediata realização dos fins estatutários.”*

<sup>227</sup> Parecer n.º 98/95 de 17 de maio de 1995, emitido pelo Centro de Estudos Fiscais sob o Registo n.º 128/94 e sob o título “Dedução fiscal dos juros suportados com financiamentos destinados à obtenção de rendimentos isentos de IRC”, sancionado pelo Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais de 22 de julho de 1995, in *Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 379, julho-setembro, 1995, pp. 363 - 367

fundos necessários para a aquisição dos referidos títulos de dívida pública, levantando assim a questão de saber se aqueles encargos eram dedutíveis à luz do artigo 23.º do CIRC. A opinião sancionada foi a de que, tendo o artigo 23.º o significado e alcance de uma cláusula geral que estabelece regras gerais que serviriam de enquadramento à qualificação fiscal dos custos e perdas, “(...) *nada se retira desse preceito, em termos de saber como, quando, e em que condições, se deve proceder à dedução dos custos ou perdas.*”. Para tal, o CEF convoca os artigos 17.º, em matéria de autonomização contabilística dos resultados de operações e variações patrimoniais abrangidas por diferentes regimes de IRC, e 18.º, no tocante ao regime de imputação temporal das componentes positivas e negativas do lucro tributável: em relação ao primeiro articulado, aquele organismo afirma que “ (...) *nos casos em que o mesmo sujeito passivo desenvolva operações ou actividades abrangidas por regimes fiscais diferentes, processar-se-á de forma segmentada, embora com subordinação a idênticas regras, em particular no que concerne ao regime de qualificação e dedução de custos e perdas e de outras componentes negativas dos resultados (...)*” o que equivale a justificar, segundo o entendimento defendido pelo CEF, a correção realizada do aproveitamento de gastos obtidos em operações isentas para deduzir aos rendimentos tributados em outras operações sujeitas a IRC. No entender do CEF, daquilo que é possível inteligir do conteúdo do Parecer, será possível organizar a contabilidade de forma tal que os resultados das operações e variações patrimoniais sujeitas ao regime geral do IRC possam claramente distinguir-se dos resultados de outras operações. Será nesse pressuposto que o CEF afirma decorrer da lei que deve ser feita a alocação dos gastos ao tipo de rendimentos que eles produzem, sem no entanto deixar de referir que “(...) *nem sempre é evidente a existência de uma ligação inequívoca entre as origens de fundos e respectivas aplicações, sendo por isso, aqueles encargos geralmente, imputáveis ao resultado do exercício em função do período a que respeitam.*”. Concluiremos sobre este ponto mais tarde. Entretanto, e sob pena de perder a coesão na exposição levada a cabo por aquele órgão, retorna-se ao segundo argumento esgrimido pelo CEF que alude ao princípio da especialização dos exercícios, por referência ao seu assento legal no artigo 18.º do CIRC e a um dos seus corolários, o princípio do balanceamento (ou *matching*), “(...) *nos termos do qual se deve estabelecer a correlação directa entre os custos e proveitos*



*pertinentes, isto é, aqueles para cuja formação directa ou indirectamente contribuíram.”.* Este Princípio do Balanceamento é um princípio contabilístico a que faz referência a Estrutura Conceptual<sup>228</sup> do nosso Sistema de Normalização Contabilística, embora já vigorasse anteriormente a 2009 como princípio conformador da Contabilidade, e que orienta o reconhecimento dos gastos: destarte, “(...) *Os gastos são reconhecidos na demonstração de resultados com base numa associação directa entre os custos incorridos e a obtenção de rendimentos específicos. Este processo, geralmente referido como balanceamento de custos com réditos, envolve o reconhecimento simultâneo ou combinado de réditos e de gastos que resultem directa ou conjuntamente das mesmas transacções ou de outros acontecimentos;*”<sup>229</sup>. Seguramente baseados numa noção de Balanceamento que à data já era desta forma concebida, o CEF vem concluir o Parecer que de momento se convoca da seguinte forma: “*Nessa base, quando a lei fiscal atribui um regime especial de tributação aos rendimentos de determinadas operações ou de certas actividades, naturalmente terão de se extrair daí as necessárias consequências em termos de conferir um tratamento em conformidade aos custos ou perdas inerentes a tais operações ou actividades, salvo indicação expressa da lei em sentido contrário. (...) Decorre do Código do IRC, em particular dos artigos 18.º e 23.º que o tratamento fiscal de uma operação deve ser homogéneo, ou seja, não pode atribuir-se um tratamento à causa (custos ou encargos) e outro diferente aos respectivo efeito (rendimentos ou proveitos obtidos) e, daí, o imperativo legal constante do art.º 17.º de apuramento separado dos resultados das operações (...)*”. Parece decorrer da breve apresentação deste Parecer do CEF uma interpretação alargada do artigo 23.º do CIRC no sentido de retirar daquela regra geral, em consonância com outros artigos, uma aplicação mais abrangente do que da sua letra poderia resultar numa primeira leitura.

Partilha desta opinião Manuel Pereira<sup>230</sup> ao indicar que “*A regra básica em matéria de imputação temporal de custos é a de que para a determinação do lucro devem ser deduzidos*

---

<sup>228</sup> Aprovada pelo Decreto Lei n.º 158/2009 de 13 de julho e homologada pelo Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais n.º 589/2009/MEF (Aviso n.º 15652/2009 de 27 de agosto).

<sup>229</sup> **Rodrigues, João**, “Sistema de Normalização Contabilística Explicado”, 2ª Edição, Porto Editora, 2011, pp.58 e 59

<sup>230</sup> **Pereira, Manuel H. de Freitas**, “A Periodização do Lucro Tributável”, in *Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 152, Lisboa, 1988, pp. 139 a 142

*aos proveitos realizados num exercício os custos que se tornou necessário suportar para os obter.”. O autor começa por clarificar que, para efeitos temporais, a regra basilar é a da imputação dos gastos aos custos mas reconhece, à semelhança do Parecer anteriormente analisado, que este encontro nem sempre é de fácil realização, o que origina gastos que são imputados ao período em que são incorridos apenas por mera derivação da ocorrência naquele hiato temporal<sup>231</sup>. No entanto, o autor prossegue o seu desenvolvimento e conclui que “A dedução fiscal dos custos obedece ainda a uma outra condição de índole geral – a de estarem ligados à obtenção de proveitos sujeitos a imposto. (...) E esta regra não se aplica apenas em matéria de sujeição a imposto, mas também quando, por força de incentivos fiscais, existe uma parte dos lucros que está isenta ou beneficia de redução de taxa – nesses casos a ligação entre proveitos e custos tem de fazer-se em relação a cada um dos regimes a que estiverem sujeitas as diferentes actividades da empresa (...)”*

Da mesma opinião, e mais recentemente, Maria dos Prazeres Rito Lousa acrescenta: “*Como regra, afigura-se sustentável a tese de que os juros relativos a empréstimos canalizados para a realização de operações isentas de impostos não poderão ser dedutíveis no cômputo do lucro tributável, tendo por fundamento a condição introduzida pelo legislador de «os proveitos ou ganhos serem sujeitos a imposto» (...). Tal interpretação adquire consistência pela razão de que não faria sentido que os juros relacionados com a obtenção de rendimentos isentos fossem deduzidos aos rendimentos efectivamente tributados, contribuindo para a redução da base tributável do imposto (...)*”<sup>232</sup>.

Da opinião destas três fontes parece decorrer com clareza que ao conteúdo do artigo 23.º do CIRC deve ser dada uma interpretação mais abrangente do que aquela que decorre da sua letra, no sentido de obstar à dedutibilidade dos encargos financeiros que sejam incorridos para o financiamento de operações isentas<sup>233</sup>. Também a nós nos parece ser nesse sentido que aponta a aplicação mais acertada do artigo, ainda que com algumas *nuances* que serão

---

<sup>231</sup> O autor reconhece dois tipos de gastos: “Custos de Período” e os, genericamente designados, “Custos de Proveitos”: enquanto em relação a estes é possível estabelecer uma relação inequívoca de causalidade entre o ingresso do gasto e a obtenção do rendimento, os Custos de Período *são imputáveis a um certo exercício por virtude de estarem associados a esse período* desde que a sua contabilização obedeça a um *critério consistente e sistemático*.

<sup>232</sup> **Lousa, Maria dos Prazeres Rito**, “O Problema da Dedutibilidade dos Juros... [ob. cit], pp. 345 a 367

<sup>233</sup> Por operação entenda-se qualquer operação que integre o âmbito de aplicação da sociedade

apresentadas posteriormente e que visam, primordialmente, tentar responder a algumas das críticas que de seguida se deixam abaixo elencadas em relação às posições acima referidas.

Efetivamente, críticas há que foram levantadas a estas opiniões, e que passam sobretudo pela insuficiente abrangência pela lei fiscal do Princípio do Balanceamento<sup>234</sup> e pela debilidade da letra da lei no artigo 23.º em sustentar a inclusão dos rendimentos sujeitos mas isentos no seu escopo. António Moura Portugal afirma em relação ao primeiro ponto, que não só estamos em presença de um princípio que não se encontra expresso na lei, como é discutível a interpretação que o faz decorrer daqueloutro princípio da especialização dos exercícios. Adicionalmente, o autor argumenta que “(...) [O] *que decorre do princípio da especialização dos exercícios, tal como está previsto no CIRC, é apenas um critério de imputação a exercícios dos respectivos proveitos e custos.*”. No entanto, não podemos concordar com esta crítica por duas ordens de razões: em primeiro lugar, porque o Código do IRC, no preâmbulo do Decreto-Lei n.º 159/2009 de 13 de julho<sup>235</sup> indica que “*A manutenção do modelo de dependência parcial determina, desde logo, que, sempre que não estejam estabelecidas regras fiscais próprias, se verifica o acolhimento do tratamento contabilístico decorrente das novas normas.*”. Como deixámos estabelecido, o princípio do balanceamento é um princípio que integra atualmente as orientações sobre as quais está desenhado o sistema de normalização contabilística, tão legítimo quanto os princípios da prudência e da substância sobre a forma. Dele decorre que o mesmo tratamento deve ser conferido aos gastos e aos rendimentos não só, a nosso ver, a nível temporal – como ninguém se parece opor –, mas igualmente a nível de mensuração, avaliação e, nesta sede, em termos de tratamento fiscal, sempre que este não divirja explicitamente daquela orientação. Neste sentido dispõe a própria Dependência Parcial defendida por todos os autores anteriormente citados. Tal posição é defendida pelos autores que identificámos atrás, e outra não nos parece fazer sentido, como decorrência daquele princípio e da sua receção da contabilidade; contudo, mesmo que não se considere que aquele tratamento deva ser importado do Direito Contabilístico, a esta conclusão sempre chegaríamos com base no princípio da neutralidade em direito fiscal, que

---

<sup>234</sup> Portugal, António Moura, “A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência...” [ob. cit], pp. 117 - 123

<sup>235</sup> Decreto-Lei que procede à adaptação do Código do IRC às normas internacionais de Contabilidade e conduz a harmonização do CIRC com o SNC, aprovado ele mesmo pelo Decreto-Lei n.º 158/2009, de 13 de julho.

nos revela que deve ser atribuído um mesmo tratamento aos gastos e proveitos relacionados com a mesma natureza, sendo de considerar dedutíveis os gastos relacionados com rendimentos tributáveis e não dedutíveis os encargos com rendimentos não tributados, de modo a que não se pague duas vezes pela mesma situação ou que, pelo contrário, ocorram casos de ausência de tributação por inteiro.

Inclusivamente o Tribunal Constitucional já se pronunciou sobre esta questão, ainda que em sede de aplicação do regime das SGPS patente no – atualmente revogado – artigo 32.º do EBF, da seguinte forma: “*O eventual equilíbrio da situação (não deduz juros no cômputo do lucro sujeito a imposto mas em contrapartida não vê sujeito a imposto mais-valias com a alienação de participações sociais) terá de ser, pelo menos à partida (que não necessariamente à chegada), minimamente assegurado, sob pena de violação dos princípios da capacidade contributiva, da tributação do rendimento real e da igualdade e neutralidade (este dois últimos por via da comparação com sujeitos passivos “não SGPS”).*”. Convocando aqui o Princípio da Igualdade e da Neutralidade, o Tribunal Constitucional dá voz ao tratamento que tem sentido e que propugna pela desconsideração de gastos, quando incorridos para o financiamento de rendimentos isentos.

Outra das críticas avançadas será a limitada conformação da obrigação de separação contabilística na lei como pressuposto da não dedutibilidade dos encargos financeiros em casos de rendimentos isentos, que vários dos autores apresentados pretendem retirar do n.º3 do artigo 17.º, donde pretendem justificar o diferente tratamento em termos fiscais, mas que António Moura Portugal confina à não dedutibilidade dos prejuízos fiscais, apoiado na letra do n.º 5 do artigo 52.º do CIRC<sup>236</sup>. O autor afirma que quanto aos custos, não existe qualquer norma que venha expressamente impor a respetiva não dedutibilidade, retirando força ao argumento da existência de separação contabilística, uma vez que esta obrigação apenas valeria para situações em que a empresa apenas desenvolve paralelamente atividades sujeitas e não sujeitas a IRC, como é o caso das empresas de jogo cujos rendimentos dessa atividade são não sujeitos, à luz do artigo 7.º do CIRC, obrigado a uma separação contabilística dos rendimentos e gastos imputáveis a cada uma das atividades prosseguidas. A letra da lei vem

---

<sup>236</sup> Portugal, António Moura, “A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência...” [ob. cit], pp. 293 - 298

dificultar a interpretação da sua abrangência certamente, não sendo de fácil inteligibilidade a definição do que se entenda por “*operações e variações patrimoniais sujeitas ao regime geral do IRC*”, i.e., se esta expressão comporta os tratamentos preferenciais em sede de IRC (isenção, desagravamentos na tributação) que, na pureza dos termos, não configuram a aplicação do regime preferencial de IRC.

Passada que foi em revista a incidência da regra do artigo 23.º do CIRC e a sua valência para efeitos de constituição de uma regra de limitação à dedutibilidade dos encargos, podemos concluir que há autores que lhe pretendem conferir uma incidência superior à de regra de enquadramento da aceitação de gastos, procurando noutras normas a justificação para uma interpretação extensiva do conceito. Outros há que entendem que a atual redação do preceito e a tímida consagração dos preceitos na corrente legislação impede aquela interpretação, advogando que ainda que meritória, a interpretação dos primeiros autores carece de uma mais sustentada base legal.

É precisamente essa base legal que procuraremos apresentar de seguida.

Na nossa opinião, a intervenção de António Moura Portugal sobre este tema é elucidatória quanto ao caminho a seguir, um que já é devido há bastante tempo e que por razões de política fiscal – crê-se –, e pela difícil abordagem ao mesmo, não foi tomado.

A solução de *iure condendo*, que adotamos e pretendemos desenvolver nos próximos parágrafos segue de perto a sugestão de António Moura Portugal, em relação à qual este autor começa por estabelecer dois pressupostos: o primeiro, a exigência de lei expressa, visa conferir à solução a compatibilização necessária com o princípio da legalidade e as garantias dos contribuintes em matéria de definição da base de incidência de imposto – uma matéria submetida a competência legislativa relativa da Assembleia da República (cfr. artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa); em segundo lugar, o autor refere diversas medidas através das quais se poderá clarificar a utilização do artigo 23.º como regra de definição dos gastos aceites. Na opinião do autor: “(...) [P]oderão ser adotadas várias soluções, de forma separada ou combinada, nomeadamente por via da:

- (i) *Alteração da redação do artigo 23.º do CIRC, por forma a precluir expressamente a dedutibilidade dos custos incorridos não só com ganhos não sujeitos a imposto, como também os dele isentos;*

- (ii) *Definição clara e rigorosa do dever de separação contabilística previsto no artigo 17.º, n.º 3, alínea b), combinando esta separação rigorosa com o âmbito e alcance do artigo 58.º, n.º 10, do CIRC [atual artigo], que assim habilitaria a Administração Fiscal a actual, fazendo as correcções necessárias, sempre que se verificassem situações de abusos de dedutibilidade por parte do sujeito passivo em relação a custos incorridos em actividades isentas e também em operações não sujeitas ao regime geral do IRC;*
- (iii) *Consagração expressa na lei fiscal do princípio do balanceamento, complementado com a fixação de regras de proporcionalidade (tais como a fixação de coeficientes fixos ou regressivos) para a aceitação de determinados custos incorridos com rendimentos tributados a uma taxa menor.”*

Esta solução de *jure condendo* pretende, na ótica do autor, que partilhamos desde já, ser uma solução acertada e intermédia entre a solução injusta e permissiva de estratégias de evasão fiscal de dedutibilidade total e a incerteza resultante da discricionariedade concedida à Autoridade Tributária em função da abertura da lei.

Do ponto de vista da pureza dos princípios e do objetivo de luta contra a evasão fiscal, esta parece-nos ser uma solução acertada. O artigo 26.º, enquanto primeira barreira conta a dedutibilidade dos encargos financeiros, encerra em si mesmo a possibilidade de mutabilidade necessária para adereçar novos (já bastante dissecados) problemas, nomeadamente a luta contra a erosão da base tributável e a transferência de lucros. Contudo, concedemos que do ponto de vista empresarial, não é escoreita a separação contabilística das operações, nomeadamente a nível dos financiamentos, que muitas vezes são tomados para a obtenção de liquidez que depois é aplicada em diversas atuações da sociedade, sem a preocupação de garantir uma alocação direta entre gastos incorridos e rendimentos gerados. Sempre que esta alocação real puder ser prosseguida, deve ser privilegiada, por ser o método que melhor revela a capacidade contributiva da sociedade e assim respeita o princípio da tributação pelo rendimento real.

Ora, situações há em que a contabilidade da empresa não irá inequivocamente demonstrar a alocação dos gastos financeiros aos rendimentos gerados e isentos (distinguindo entre rendimentos operacionais – tendencialmente tributados – e rendimentos decorrentes de participações financeiras, como dividendos e mais-valias que, como ficou dito atrás, serão

aqueles rendimentos através dos quais a correlação com o financiamento através de capitais alheios poderá gerar situações de erosão da base tributável.

Tendo isto em mente, a solução de *jure condendo* que preconizamos, recuperando e aceitando todo o percurso que atrás foi trilhado, vem propender para a aplicação de uma ferramenta que antigamente já foi utilizada no nosso ordenamento jurídico-tributário, exatamente como mecanismo de alinhamento de regimes de isenção tributária de certos tipos de rendimentos com a política de aceitação de gastos correspondentes. Falamos, por ora, da recuperação da Circular 7/2004 de 30 de março, da Direção de Serviços do IRC, como método de afetação dos encargos financeiros às participações sociais. Contudo, e para que esta informação não seja introduzida nesta sede sem qualquer tipo de contextualização, far-se-á uma breve análise do regime no âmbito do qual vigorou a referida Circular (regime de isenção de mais-valias das SGPS – artigo 32.º do EBF, atualmente revogado) e daí se retirarão conclusões sobre os seus entraves, as suas virtudes e a sua aplicabilidade para a questão em apreço.

### ***Do eventual recurso à Circular n.º 7/2004 de 30 de março, ao artigo 23.º do Código do IRC.***

A Circular n.º 7/2004, de 30 de março, da Direção de Serviços do IRC foi sufragada por despacho do Diretor Geral dos Impostos Dr. Armindo de Sousa Ribeiro em 2004 como resposta às várias dúvidas suscitadas acerca do regime fiscal aplicável às sociedades gestoras de participações sociais e sociedades de capital de risco, previsto no então artigo 31.º do EBF, na redação conferida pela Lei n.º 32-B/2002 de 30 de dezembro (OE para 2003).

Para o que ora nos interessa, iremos tomar as SGPS como todo integrante deste universo societário, uma vez que em termos proporcionais, em relação às SCR, aquelas compunham a maior parte daquele universo. Assim, e no sentido de estabelecer um breve enquadramento histórico, refira-se que a primeira consagração legal de um regime referente às SGPS (na altura ainda sem aquele nome e, portanto, adereçado mais à estrutura existente na altura de sociedades *holding*) aconteceu com o Decreto-Lei 46302 de 27 de abril de 1965 e, posteriormente, com o Decreto-Lei n.º 271/72 de 2 de agosto que estabelecia o regime jurídico das sociedades que comportassem como objeto a gestão de participações.

Em 1988 o regime jurídico daquelas sociedades viria a ser alterado por via do Decreto-Lei n.º 495/88 de 30 de dezembro<sup>237</sup>, que instituiu na ordem jurídica a denominação de *Sociedades Gestoras de Participações Sociais*, e fez acompanhar o regime jurídico das mesmas de um regime fiscal sem o qual, na opinião do legislador, as SGPS “(...) *teria viabilidade duvidosa e pouco interesse prático.*”<sup>238</sup>. Como adiante se procurará demonstrar, o regime jurídico-fiscal das SGPS foi marcado por grande instabilidade legislativa, resultado da procura de equilíbrio entre o suprimento das necessidades financeiras do Estado através da carga tributária e a atratividade e competitividade das empresas nacionais no cenário cada vez mais internacional que se vinha instalando como pano de fundo da atuação económica empresarial.

Assim, nos termos dos artigos 7.º, n.º 2 do DL n.º 495/88 de 30 de dezembro e 44.º do CIRC, tal como aprovado pelo DL n.º 442-B/88 de 30 de novembro, as SGPS beneficiavam de um regime de exclusão da tributação das mais-valias decorrentes da venda ou troca de participações sociais detidas, desde que o valor de realização fosse reinvestido até ao final do segundo exercício posterior à realização.

Por via da alteração do Orçamento de Estado Suplementar para 1993 (Lei n.º 71/93 de 26 de novembro) e do aditamento do n.º 6.º ao artigo 44.º do CIRC, foi instituído um regime de tributação diferida sujeita ao reinvestimento do valor de realização por um dado período de tempo que foi estipulado inicialmente em 2 anos, mas que sofreu aumentos posteriores para 3 e 4 anos, tendo este último alargamento sido realizado ao abrigo da Lei n.º 52-C/96 de 27 de dezembro (OE para 1997).

Com a Lei 30-G/2000 de 29 de dezembro (OE para 2001) ficou consagrado um regime de tributação integral, parcelado pelos anos da realização e pelos quatro exercícios posteriores, mantendo-se contudo a exigência do reinvestimento do valor de realização, destarte permitido desde o exercício anterior ao da realização até ao final do exercício seguinte.

---

<sup>237</sup> Após autorização legislativa da Assembleia da República, por via da Lei n.º 98/88 de 17 de agosto

<sup>238</sup> DL n.º 495/88 de 30 de dezembro (publicado em Diário da República, I Série, N.º 301 de 30 de dezembro de 1988, p. 5146-(554).



Já no artigo 31.º do Estatuto dos Benefícios Fiscais<sup>239</sup>, com a entrada em vigor da Lei n.º 109.º-B/2001 de 27 de dezembro (OE para 2002), o regime fiscal das SGPS passou a prever uma tributação reduzida a metade, mas condicionada ao reinvestimento em novas partes de capital, das mais-valias realizadas pelas SGPS, sempre que a participação de capital fosse detida há mais de um ano a contar da data de transmissão.

A Lei n.º 32-B/2002 de 20 de dezembro (OE para 2003) veio alterar profundamente o paradigma da tributação das mais-valias realizadas pelas SGPS, na altura presente, passando estas a estar totalmente isentas de tributação em sede de IRC quando relativas a participações sociais detidas não há menos de um ano, desde que fossem excluídos da formação do lucro tributável eventuais menos-valias geradas com a alienação de participações financeiras, bem como os encargos financeiros suportados anteriormente por tais entidades para a obtenção das referidas participações, na altura de aquisição. O Relatório do correspondente Orçamento de Estado vem introduzir esta alteração sob a epígrafe de *“Alargamento da base tributável e medidas de moralização e neutralidade”*, concedendo-lhe igualmente um cariz de combate ao planeamento fiscal abusivo, como contrapartida do benefício de isenção total das mais-valias geradas (desde que respeitadas as condições de reinvestimento e detenção superior a 1 ano). Esta alteração visava sobretudo, por um lado, conceder maior competitividade ao sistema fiscal nacional, colocando-o num plano de equiparação ao nível do tratamento preferencial das mais-valias com outros regimes europeus (nomeadamente o regime holandês) e, por outro, primar pelo aumento da base tributável através da desconsideração das menos-valias e dos encargos financeiros para a formação do lucro tributável.

Chegados a este ponto cumpre atentar às palavras de Luís Graça Moura: “[O] legislador terá visado a atribuição de um benefício – exclusão total da tributação das mais-valias – que, contudo, fosse ‘contrabalançado pela não concorrência de certos encargos financeiros suportados’, criando um ambiente de ‘neutralidade’ entre os eventuais ganhos com determinados ativos (certas imobilizações financeiras) e o passivo necessário à criação das condições para a obtenção de tais ganhos, isto é, o passivo relacionado com a aquisição e

---

<sup>239</sup> A transferência do regime fiscal das SGPS do DL n.º 495/88 de 30 de dezembro para o EBF foi operada pelo Decreto-Lei n.º 198/2001 de 3 de julho, tendo outras alterações a outros documentos legais, nomeadamente ao artigo 44.º (novo artigo 45.º) do CIRC, sido levadas a cabo também por aquele diploma.

*tais participações. A construção subjacente seria a de que a contração de tais empréstimos representava, em potência, elemento capaz de colocar a SGPS na posição de realizar mais-valias que excluiu de tributação (...)*”<sup>240</sup>. Nesta sede, aproveita-se para regressar ao que anteriormente deixámos exposto sobre a melhor interpretação a dar à expressão “*não sujeitos a imposto*” patente no artigo 23.º do CIRC, e para adicionar a opinião de Luís Graça Moura às vozes já escutadas sobre a aceitação e consagração de um princípio de neutralidade fiscal que reveste o nosso ordenamento jurídico: embora o seu estudo incidisse sobre o regime então em vigor da tributação das mais-valias realizadas por SGPS, é patente nas linhas citadas acima o entendimento de que, no entender do autor, o legislador transparece, na legislação que emite, tanto mais quanto mais acérrima for a sua perceção da importância ao combate a técnicas de planeamento fiscal, o entendimento de que deve ser encontrado um *matching* entre os ganhos não tributados e os custos correspondentes, em concordância com a opinião que temos vindo a defender.

No sentido de desfazer algumas dúvidas suscitadas com a aplicação do normativo do artigo 31.º do EBF na redação em 2003, tratando-se de uma conformação legal até então inexistente no que tocara ao tratamento das mais-valias apuradas por SGPS, a Direção de Serviços do IRC emitiu a Circular 7/2004 de 30 de março. Através dela, deu enfoque ao novo enquadramento tributário das SGPS, e procurou adereçar algumas questões alvo de incerteza por parte dos Contribuintes. De seguida essas questões serão detalhadas, bem como outras que foram levantadas sobre este tema, sendo a par e passo encetada uma aplicação *in loco* eventual ao artigo 23.º-A do CIRC da *ratio* por detrás deste mecanismo. No final, procuraremos concluir sobre a aplicabilidade prática do entendimento vertido naquele documento ao artigo 23.º-A do CIRC.

**I) Da antecipação da desconsideração, para efeitos de apuramento do lucro tributável, dos encargos financeiros e a questão do desfasamento com o momento de realização de mais-valias**

---

<sup>240</sup> Moura, Luís Graça, “A ‘nova’ Tributação do Rendimento das SGPS: Reflexões acerca da Tributação das Mais-Valias no Quadro do Princípio da Segurança Jurídica”, *in* Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, N.º 10, março de 2003, p.122

O regime previsto pela Circular 7/2004 entendeu que a neutralidade pretendida entre encargos financeiros acrescidos, despendidos com a obtenção de participações sociais, e a isenção das mais-valias decorrentes da alienação das mesmas, apenas no momento da sua realização, seria prosseguido de forma desfasada, isto é, operando a desconsideração dos gastos com os referidos encargos à medida da verificação dos mesmos, independentemente da alienação das participações ocorrer em momento posterior. Conforme ficou patente da transcrição acima, o acréscimo seria feito “(...) *independentemente de se encontrarem já reunidas todas as condições para a aplicação do regime especial de tributação das mais-valias (...)*”, sendo o acerto devido caso a isenção não se aplicasse, por incumprimento dos requisitos legais, feito no ano da realização das mais-valias.

Este desfasamento levantou, fundamentalmente, questões de constitucionalidade por violação dos princípios mais basilares que enformam o nosso ordenamento jurídico-tributário: são eles, o Princípio da Igualdade, da Capacidade Contributiva, da Tributação pelo Rendimento Real e da Proporcionalidade. Deve ainda juntar-se a estes, como princípio norteador do regime da tributação das SGPS, o Princípio da Neutralidade, de forma a aferir do seu cumprimento em função da redação do regime *qua tale*.

Genericamente, o entendimento formado pela doutrina e pela jurisprudência portuguesas firmou-se no sentido de aceitar a conformação interpretativa expendida pela Circular 7/2004. O entendimento do Tribunal Constitucional no acórdão n.º 42/2014 de 9 de janeiro, no âmbito do Processo n.º 564/12 foi de que, ao atender ao n.º 2 do artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa enquanto sede do Princípio da Capacidade Contributiva e, em maior pormenor, do seu corolário Princípio da Tributação pelo Rendimento Real em sede de organismos societários, não deve descurar-se a importância do advérbio *fundamentalmente*, uma vez que este não se opõe à coexistência de um método de apuramento da matéria tributável real, no sentido do exato cumprimento do princípio do balanceamento, para o que ora interessa, com outros métodos ou vias que, não o fazendo diretamente, permitem apurar uma matéria coletável dentro dos parâmetros da contabilidade. No entender daquele Tribunal, a Constituição não obriga a que o tratamento fiscal siga, em todos os momentos, a contabilização dos fluxos financeiros positivos e negativos, concluindo que, ao ser um princípio flexível, “(...) [N]ão viola o princípio constante do n.º 2 do artigo 104.º da Constituição o regime fiscal que, em prol da neutralidade fiscal – não sendo tributado o ganho, o custo que lhe esteja associado também não o deve ser –, estabeleça a

*indedutibilidade de um custo em função da suscetibilidade a realização de mais-valias isentas de tributação, cuja realização futura se considere provável ou expectável.”.*

De igual modo, o Acórdão do Tribunal Constitucional n.º 142/2004, no âmbito do processo n.º 453/03 foi claro ao proferir o seguinte entendimento: “[É] claro que o “princípio da capacidade contributiva” tem de ser compatibilizado com outros princípios com dignidade constitucional, como o princípio do Estado Social, a liberdade de conformação do legislador, e certas exigências de praticabilidade e cognoscibilidade do facto tributário, indispensáveis também para o cumprimento das finalidades do sistema fiscal.”, naquilo que nos parece ser o consentimento jurisprudencial mais inabalável quanto à interpretação a conceder àqueles princípio no estado atual dos desenvolvimentos jurisprudenciais portugueses.

Desta opinião foram igualmente os autores José Guilherme Xavier de Basto<sup>241</sup>, João Pedro Ventura<sup>242</sup> e Casalta Nabais<sup>243</sup> afirmando o primeiro daqueles que, incidindo a tributação fundamentalmente sobre o rendimento real, não o faz “(...) excluindo com tal disposição o recurso a outras formas fiscais estranhas ao mito do apuramento declarativo-contabilístico do rendimento real”. Casalta Nabais conclui, afirmando: “[A] CRP, ao exigir que a tributação das empresas se norteie pelo rendimento real, está apenas a «recortar» o quadro típico ou caracterizador do sistema fiscal (...) e não a «estabelecer» ou a «desenhar a cheio» esse mesmo quadro”. Noutra sua obra<sup>244</sup>, este último autor afirma: “O legislador está assim proibido de subtrair ao modelo de tributação pelo rendimento real empresas relativamente às quais, consideradas na sua realidade empresarial e económica, nenhum motivo ou fundamento se vislumbra que possa suportar uma exceção. Fora, porém, desse domínio, o legislador goza de liberdade para estabelecer desvios ao modelo cuja legitimidade constitucional há-de ter por suporte, nomeadamente o princípio da praticabilidade das soluções.”.

---

<sup>241</sup> **Xavier de Basto, José Guilherme**, “O princípio da tributação do rendimento real e a Lei Geral Tributária”, in *Fiscalidade*, N.º5

<sup>242</sup> **Rodrigues, João Pedro Alves Ventura Silva Rodrigues**, “Algumas reflexões em torno da efetiva concretização do princípio da capacidade contributiva”, in *Estudos de Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa*, 2003, pp. 906 e segs.

<sup>243</sup> **Nabais, José Casalta**, “Alguns aspetos do quadro constitucional das empresas”, in *Fisco*, N.º 103/104, p.19

<sup>244</sup> **Nabais, José Casalta**, “Direito Fiscal”, 6ª Edição, Editora Almedina, 2010, p. 175

O argumento da antecipação da desconsideração, para efeitos de apuramento do lucro tributável, dos encargos financeiros face ao desfasamento em relação ao momento de realização de mais-valias e à sua própria verificação não colheu provimento junto dos tribunais, invocando diversos contribuintes a pretensa violação do Princípio da Proporcionalidade. Na verdade, o Tribunal considerou, no já citado acórdão n.º 42/2014 de 9 de janeiro, que “[N]ão se reputa de excessivo e intolerável regime que pondere e faça aturar a indedutibilidade de encargos financeiros ex ante, em cada período de tributação em que são incorridos, por referência à medida que equilibra, tendo em atenção a preservação da possibilidade de (efetiva e futura) realização de mais-valias”, isto porque, não só os factos que constituem a previsão da norma são de “(...) distinta natureza e tipologia de formação (...)”, já que os encargos financeiros tendem a protelar-se sucessivamente por vários períodos ao passo que as mais-valias são apuradas exclusivamente no período em que ocorre a transmissão das correspondentes participações sociais, mas também porque em relação a esta solução convém razões de praticabilidade e exequibilidade. Nesta sede, o Tribunal invoca o trabalho de Tiago Guerreiro<sup>245</sup> – trabalho de interessante análise e de enfoque prático numa altura em que o regime fiscal das SGPS criava mais dúvidas do que acometia certezas – para comparar três opções que estavam à disposição do legislador para a conformação da não dedutibilidade dos encargos financeiros. Aquele autor afirma que três soluções poderiam ser adotadas para definir o momento da não dedutibilidade: 1) primar pelo critério da intenção de dedução pelo sujeito passivo, o qual seria um convite à fraude pois levaria a que os contribuintes escolhessem considerar os encargos financeiros nos anos que antecederem as transmissões, além de não estar expressamente previsto legalmente essa opção; 2) adotar um princípio de dedutibilidade, através do qual seria permitido aos contribuintes deduzir os encargos em cada ano, sendo que os mesmos seriam acrescidos aquando da verificação da realização da mais-valia, sendo pouco viável pretender recuperar todos a parcela de encargos aceites ao longo de vários períodos (que podem inclusivamente estender-se por décadas, tantos quantos os da detenção da participação, equacione-se) ou, pior, pretender realizar declarações de substituição de todos os anos transatos a que correspondam os encargos financeiros incorretamente aceites; finalmente, o legislador tinha à sua disposição, acabando

---

<sup>245</sup> **Guerreiro, Tiago Caiado**, “O Novo Regime Fiscal das SGPS, in *Fiscalidade*, N.º 26, julho/setembro, 2004

por optar por esta via, um critério de não dedutibilidade *à priori*, segundo o qual os encargos com a aquisição das participações financeiras eram acrescidos periodicamente no Quadro 07 da declaração de rendimentos Modelo 22 e, uma vez chegado ao período de realização da mais-valia sem que estivessem cumpridos os requisitos de isenção das mesmas, proceder-se-ia à correspondente recuperação dos encargos acrescidos. Parece-nos que a decisão do legislador teve, mais que tudo, um intuito de alargamento da base tributável e maximização da receita fiscal, uma vez que o acréscimo de gasto significa um potencial aumento de influxo financeiro para o Estado em cada ano: tal pode ser condenável, já de si, à luz de uma perspetiva económica de proteção do tecido comercial português e do facto de que, ainda que se entenda que “*O sistema fiscal visa a satisfação das necessidades financeiras do Estado e outras entidades públicas (...)*” (cfr. n.º 1 do artigo 103.º da Constituição da República Portuguesa), o mesmo vista também a “*(...) repartição justa dos rendimentos e da riqueza.*” (cfr. mesmo artigo) e a promoção económica; o que não é aceitável, contudo, é a desconsideração cabal da posição do contribuinte que se tem verificado atualmente, uma vez que o regime não previu qualquer ressarcimento pelo contribuinte das verbas entregues indevidamente ao estado<sup>246</sup>, nem tampouco previu qualquer tipo de ressarcimento pelo facto de o acréscimo dos encargos poder ter sido realizado num período em que a taxa de imposto de IRC fosse superior à praticada no momento de realização da mais-valia não isenta<sup>247</sup>. Na esteira de Tiago Caiado, concordamos com a justificação apresentada para suportar a opção do legislador em proceder à desconsideração apriorística dos encargos financeiros à medida da sua suportação; no entanto, consideramos que estas arestas – que não foram tidas em consideração pelo legislador – devem ser incorporadas numa revisão da experiência passada, demonstrando aprendizagem com falhas anteriores.

---

<sup>246</sup> A crítica infelizmente apenas colhe do ponto de vista económico uma vez que, juridicamente, a obrigação de pagamento de juros indemnizatórios apenas é configurada, a nível tributário, para as situações em que o erro imputável aos serviços seja determinado “*(...) em reclamação graciosa ou impugnação judicial (...)*”, nos termos do artigo 43.º da LGT.

<sup>247</sup> O panorama de evolução da taxa de IRC tem revelado um decréscimo progressivo nos últimos anos, fruto da procura de atratividade e competitividade do sistema fiscal português: 21% em 2016 e em 2015; 23% em 2014; 25% em 2013 e 2012.

## **II) Do mecanismo de apuramento dos encargos não dedutíveis previsto na Circular 7/2004**

No parágrafo 6º da Circular n.º 7/2004 encontra-se plasmado o seguinte entendimento “*Relativamente ao exercício em que deverão ser desconsiderados como custos, para efeitos fiscais, os encargos financeiros, dever-se-á proceder, no exercício a que os mesmos disserem respeito, à correcção fiscal dos que tiverem sido suportados com a aquisição de participações que sejam susceptíveis de virem a beneficiar do regime especial estabelecido no n.º 2 do art.º 31º do EBF, independentemente de se encontrarem já reunidas todas as condições para a aplicação do regime especial de tributação das mais-valias.*”. Avança ainda a referida Circular que “*Caso se conclua, no momento da alienação das participações, que não se verificam todos os requisitos para aplicação daquele regime, proceder-se-á, nesse exercício, à consideração como custo fiscal dos encargos financeiros que não foram considerados como custo em exercícios anteriores.*”, isto é, dos encargos financeiros que foram acrescidos em períodos de tributação anteriores.

No cumprimento deste desiderato, a Autoridade Tributária reconheceu razões de praticabilidade que impediam que em todos os casos fosse possível fazer uma afetação dos financiamentos incorridos à aquisição de partes sociais, ficando vedada a possibilidade de realizar a referida afetação de encargos. A imputação direta de encargos torna-se difícil, o mais das vezes, por razões de contabilidade empresarial, que não se encontra preparada para registar a alocação direta entre ativos e passivos. Neste sentido, e especialmente no campo dos financiamentos, não é prática corrente (o que não quer dizer que não possa acontecer) a alocação integral de um financiamento à aquisição de determinado ativo sendo comum, pelo contrário, que o *cash flow* derivado da contração de um financiamento seja alocado a diversas operações. A tal não ajuda a fungibilidade do valor monetário e da sua aplicabilidade, nem a possibilidade identificada pela AT de manipulação que um método de afetação direta permitiria. Neste contexto, a AT sentiu a necessidade de publicar a Circular 7/2004, onde avançou com um método alternativo à alocação direta que decorria do preceito legal que regia o regime benéfico das SGPS (ora 31.º, ora 32.º do EBF, dependendo da redação da lei que se analise) e que procurava ultrapassar as dificuldades práticas da afetação direta dos encargos às participações sociais.

Nos termos do Ponto n.º 7 da referida Circular, “(...) [D]ada a extrema dificuldade de utilização, nesta matéria, de um método de afectação directa ou específica e à possibilidade de manipulação que o mesmo permitiria, deverá essa imputação ser efectuada com base numa fórmula que atenda ao seguinte: os passivos remunerados das SGPS e SCR deverão ser imputados, em primeiro lugar, aos empréstimos remunerados por estas concedidos às empresas participadas e aos outros investimentos geradores de lucros, afectando-se o remanescente aos restantes activos, nomeadamente participações sociais, proporcionalmente ao respectivo custo de aquisição.”. Assim, numa vertente mais esquemática, o percurso a ter em conta pelo aplicador deve ser o seguinte:

1. Os passivos remunerados deverão ser imputados aos empréstimos remunerados concedidos às empresas participadas e aos outros investimentos geradores de juros;
2. De seguida, deve afetar-se o remanescente dos passivos remunerados aos restantes activos, nomeadamente participações sociais, proporcionalmente ao respectivo custo de aquisição;
3. Posteriormente, cumpre apurar qual a percentagem de passivos remunerados é imputável às participações sociais;
4. De seguida, concretiza-se o peso dos passivos remunerados imputáveis às participações sociais no total do passivo remunerado;
5. Finalmente, apuram-se os encargos financeiros não dedutíveis, através do produto do valor total dos encargos pelo peso dos passivos remunerados imputáveis a participações sociais no total do passivo remunerado.

A primeira questão levantada será a de saber se a criação de um método de afectação indirecta, baseado numa fórmula *pro rata*, ao arrepio da afectação directa que parece decorrer única e exclusivamente da letra do número 2 do artigo 31.º / 32.º do EBF não se encontra desconforme ao conteúdo daquele mesmo artigo.

Na senda do acórdão do Tribunal n.º 142/2004 já referido anteriormente, e para o qual também se remete nesta sede para efeitos de argumentação, outros acórdãos daquele Tribunal, como o Acórdão n.º 162/2004 de 17 de março, no âmbito do processo n.º 698/03 e o Acórdão n.º 85/2010 de 3 de março, no âmbito do processo n.º 653/09 clarificaram a flexibilidade do princípio da tributação do rendimento real na aceitação de outros métodos que não a afectação e apuramento directos da matéria coletável, afirmando que: “(...) a injunção constitucional da



*tributação segundo o rendimento real não pode deixar de atender, necessariamente, aos princípios da praticabilidade e de operacionalidade do sistema, pelo que não pode deixar de se lhes reconhecer natureza constitucional (...).” O Tribunal conclui que: “Um sistema inexequível ou um sistema que não permita o controlo dos rendimento e da evasão fiscal, na medida aproximada à realidade existente, conduz em linha reta à distorção, na prática, do princípio da capacidade contributiva e da tributação segundo o rendimento real.”. Não parece pois, genericamente entendido, haver uma proibição de apuramento indireto da matéria coletável quando, por razões imperiosas, a afetação direta seja demasiado onerosa ou mesmo impossível. Cumpria adereçar este primeiro ponto, no sentido de clarificar que o ordenamento jurídico português conserva uma flexibilidade ao nível do apuramento da matéria coletável que, no que ao regime benéfico de apuramento dos encargos financeiros alocáveis à aquisição de partes sociais diz respeito, abria as portas à utilização tanto de um método de afetação direto como indireto. Desta opinião foi já o CAAD, no âmbito da decisão de 19 de julho de 2012 no Processo n.º21/2012-T, proferindo o seguinte entendimento: “(...) [N]ada na letra do n.º 2 do art.º 31.º do EBF permite retirar a vigência e, por isso, necessária aplicação, do método indirecto de afectação de tais encargos financeiros. / **64.** Considera-se que nos casos em que há possibilidade de afectação directa, ela não deve ser afastada, já que se a ratio legis da norma prevista no n.º2 do art.º 31º. do EBF passa por acautelar a vigência de um regime de neutralidade dos proveitos e custos associado às mais valias excluídas de tributação, garantindo-se que a rendimento não relevante fiscalmente deve corresponder, correspectivamente, custo que lhe esteja associado também ele irrelevante fiscalmente, então, assim sendo, para se alcançar um tal desiderato, qualquer método (directo ou indirecto) é bom uma vez garantida a salvaguarda da aludida ratio legis.”.*

Não se pretende, todavia, ser cego às diversas críticas levantadas contra o método apurado pela Circular 7/2004, tendo sido já inúmeros os contribuintes que atacaram a validade da mesma, reputando-a violadora do Princípio da Legalidade, por dispor em sentido contrário ao da Lei, nomeadamente ao n.º 2 dos artigos 31.º ou 32.º do EBF, consoante a redação analisada. Versando sobre a questão em apreço e o seu solucionamento a longo dos últimos anos, não foram poucas as decisões do CAAD que deram razão ao contribuinte que alegava a ilegalidade da Circular. Pode ler-se, na fundamentação de Direito do Acórdão do CAAD no Processo n.º 326/2015-T de 12 de novembro de 2015: “(...) [O] n.º 2 do artigo 32.º do EBF estabelece que não concorrem para a formação do lucro tributável os «encargos financeiros

*suportados com a sua aquisição», reportando-se às partes de capital, pelo que é manifesto que pressupõe que seja determinada a afectação de encargos à aquisição de determinadas pares de capital (...)*” [negrito do acórdão]. No mesmo sentido, a decisão no Processo n.º 295/2015-T de 2 de março de 2016 é explícita ao afirmar que: “(...) o legislador considera que só os encargos diretamente suportados com a aquisição de partes de capital são afastados da tributação. Por outro lado, não considerou o legislador de instituir um critério distinto que, face às reais dificuldades práticas de distinção, permitisse apurar, ainda que de forma indireta ou estimada, os encargos financeiros com a aquisição das partes de capital isentas. / 32- Assim sendo, o método aplicado pela Circular viola o disposto no n.º 2 do artigo 31.º do EBF, pois não atende aos encargos efetivamente suportados com a aquisição de participações sociais não tributadas, mas a valores aproximados e presunções que carecem de fundamento legal.”. Parece-nos, no entanto, que a interpretação da letra da lei que aqueles tribunais fazem do artigo do EBF que sustenta o regime benéfico de tributação das SGPS é por demais apegado ao elemento literal da norma, devendo ser-lhe conferido uma interpretação na mesma linha que aquela que é conferida ao princípio da tributação pelo rendimento real, já aqui apresentada, e que se assume como a génese da tributação sobre o rendimento das pessoas coletivas. Neste sentido, e uma vez que a tributação pelo lucro real é apenas *fundamentalmente* orientada pela subsunção ao lucro real, não se vê como possam ser cerceadas à partida soluções que deste princípio se afastam, quando para mais tal justificam razões de praticabilidade e efetividade do sistema fiscal. Neste sentido vai o acórdão do CAAD no Processo n.º 258/2015-T, de 25 de fevereiro de 2016: “A «afetação direta» para apuramento seguro do valor dos encargos financeiros que supostamente tivessem sido suportado com a aquisição das partes de capital seria sempre especialmente difícil dada a fungibilidade do dinheiro e a desnecessidade de consignação dos fundos mutuados (...)”, pelo que neste sentido consideramos que andou bem a Autoridade Tributária em criar um método que estabelecesse uma ligação proporcional entre os encargos financeiros e as participações sociais, após subtração dos passivos remunerados, numa ótica de que primeiramente os rendimentos e encargos oriundas da atividade financeira devem ser líquidos. Quanto ao apuramento indireto dos encargos financeiros, diga-se que o mesmo encontra provimento no artigo 104.º da Constituição da República Portuguesa, como atrás se pensar termos deixado fundamentado, mas também se subsume aos artigos 85.º e 87.º da LGT, em sede de *Procedimentos de Avaliação* (Capítulo V da LGT), na medida em que aqueles

articulados concedem um papel subsidiário à avaliação indireta, sempre que se mostre impossível a comprovação e quantificação direta e exata dos elementos indispensáveis à correta determinação da matéria coletável de qualquer imposto. Ora, no caso, como não é contradito por nenhum tribunal, de que tenhamos conhecimento, existe efetivamente uma dificuldade acrescida no *matching* entre encargos financeiros e rendimentos ou ativos com eles conexions, pelo que a criação deste método pela Autoridade Tributária afigura-se-nos conducente à prossecução do objetivo pretendida, que é encontrar uma fórmula que permita fazer uma afetação o mais justa, se não exata, possível dos encargos financeiros incorridos para obtenção de participações sociais, para através dela apurar os encargos financeiros que deverão ser acrescidos em relação a essas realidades (por sua vez, isentas). De igual modo, diga-se ainda que são vários os Tribunais que estatuem a ilegalidade e inconstitucionalidade da Circular 7/2004, no que ao método de apuramento indireto de encargos financeiros respeita, mas que em vários deles é repetido o mesmo parágrafo que de seguida se transcreve: *“Este método só corresponderia ao legalmente exigido para determinar os encargos não dedutíveis, se se provasse que, de facto, os financiamentos a que se referem os encargos financeiros tinham sido afectados da forma aí prevista e, designadamente, no que concerne às participações sociais, tinham sido utilizados proporcionalmente para as adquirir.”*. Ora, não se percebe como entendem os aplicadores de Direito que o regime de imputação indireta apenas corresponde ao legalmente exigido apenas quando se consiga comprovar uma afetação direta dos financiamentos a que se referem os encargos financeiros, quando aquele regime foi criado exatamente para as situações em que a afetação direta é demasiado onerosa ou mesmo impraticável. Entendemos que a própria Circular concede as ferramentas para uma interpretação conforme à Lei e à Constituição da República Portuguesa afirmando, no seu Ponto 9., *“Para efeitos da determinação do regime fiscal concretamente aplicável às mais-valias e às menos-valias realizadas com a alienação de participações sociais (...) deverá efectuar-se uma análise casuística de cada operação (...)”*, privilegiando nesta medida a afetação direta dos encargos, tanto quanto seja possível extrair dos elementos disponíveis, através de uma análise casuística da situação, acometendo o método proposto, ainda que não expressamente mais inegavelmente decorrente daqueles parágrafos, para um plano subsidiário. Encerra-se o tema fazendo uma referência generalizada à recente Decisão do CAAD no âmbito do Processo n.º 258/2015-T de 25 de fevereiro de 2016, que já aqui se abordou, para denotar a clareza na exposição dos argumentos em causa sobre o tema, e para

citá-la num parágrafo que consideramos sumarizar os pontos em questão e a interpretação conforme à lei e à Constituição que deve ser acometida à Circular n.º 7/2004 de 30 de março: *“A verdade é que nada, na letra do n.º 2 do art.º 32.º do EBF retirava qualquer legitimidade a qualquer método, directo ou indirecto, de afectação dos encargos financeiros das SGPS para se alcançar os objectivos prosseguidos com aquela norma. A afectação pro rata prevista no ponto 7 da Circular n.º 7/2004, método indirecto de afectação, era portanto tão legítima e tão compatível com a ratio legis da norma como qualquer outro método – sendo que, em contrapartida, não pode sustentar-se que os objectivos daquela norma (...) pudessem ser alcançados na ausência, pura e simples, de qualquer método.”*.

Ponto distinto que, nesta sede, importa trazer à colação, por se encontrar intimamente ligado com o anterior, é o do valor atribuído à Circular como fonte de Direito ou, por outras palavras mais genéricas, da relevância normativa das chamadas orientações administrativas. Por definição<sup>248</sup>, orientações administrativas são *“(...) regulamentos internos que, por terem como destinatário apenas a administração tributária, só esta lhes deve obediência, sendo, pois, obrigatórios apenas para os órgãos situados hierarquicamente abaixo do órgão autos dos mesmos. Por isso não são vinculativos nem para os particulares nem para os tribunais.”*. Muitos contribuintes quiseram fazer-se valer desta definição para concluir que a Circular n.º 7/2004 consubstanciava uma norma de natureza inovadora sobre a determinação da matéria coletável em IRC e que violaria, portanto, a reserva de lei relativa acometida à Assembleia da República nos termos da alínea i) do número 1 do artigo 165.º da Constituição da República Portuguesa, a cargo da qual está a definição dos elementos basilares dos tributos, nomeadamente, a incidência tributária, bem como o artigo 8.º da LGT, consagração legal do Princípio da Legalidade e da Tipicidade. Diversos foram os tribunais que acolheram os seus argumentos concluindo, como o Acórdão do Tribunal Central Administrativo Sul, no âmbito do Processo n.º 02312/08 que *“(...) a Circular, além de ser ilegal por falta de habilitação legal para interpretar extensivamente normas de incidência tributária (...) ao limitar a norma de incidência seria inconstitucional por violação do disposto no artigo 165.º, n.º1, al.i) e no artigo 103.º, n.º 2, da Constituição da República Portuguesa, ferindo o princípio da separação de poderes.”*. No entanto, esta crítica também não pode proceder, de acordo com a

---

<sup>248</sup> Nabais, José Casalta, “Direito Fiscal”, 6.ª Edição, Editora Almedina, 2010, p. 197

própria definição de Circular (como concretização de uma Orientação Administrativa) que se convocou acima. Na verdade, o que a Circular 7/2004 fez foi, com efeitos dentro da estrutura da Autoridade Tributária, idealizar um método que, perante a impossibilidade de realização de uma afetação direta de encargos à obtenção de participações sociais, permitisse apurar um valor e dar assim cumprimento ao regime instilado nos artigos 31.º ou 32.º do EBF, consoante a redação em vista. Ao contrário do que foi defendido nalguns tribunais, não houve a criação de uma presunção, muito menos inilidível, foi apenas densificado um conceito, para efeitos de cumprimento da lei pela Autoridade Tributária. Como vimos, as orientações administrativas não terão eficácia externa perante os particulares e/ou os tribunais e, se se lhes quer acometer alguma vinculatividade na ordem jurídica, esta concretiza-se ao abrigo do princípio da boa fé e do princípio da segurança jurídica<sup>249</sup>, não por um qualquer comando normativo que atribua às Circulares administrativas força de norma geral e abstrata. Nesta sede, é sempre conferido ao Contribuinte a possibilidade de fazer prova em contrário do entendimento referido na Circular, A decisão do CAAD no processo n.º 258/2015-T, de 25 de fevereiro, é, em nossa opinião, contundente ao afirmar: *“O que a lei permite, e aquilo que a Constituição impõe à AT, é que, na interpretação que faz das normas tributárias, se limite a emitir orientações genéricas que preenchem conceitos, quando isso se revele necessário. Não se pode por isso presumir (...) que todo e qualquer preenchimento desses conceitos (...) seja, ipso facto uma ilegalidade e especificamente consista no exercício da função legislativa sob o «manto diáfano» de uma interpretação extensiva da lei”*. As Circulares da Autoridade Tributária, como instrumento principal de vinculação da mesma à densificação das normas tributárias é vista como um instrumento de orientação, vinculativo para a Autoridade Tributária – quando, no caso do regime de tributação das SGPS, esteja vedada uma imputação direta dos encargos financeiros – mas sem eficácia externa para os Contribuintes ou Tribunais. Perante este força normativa, que sempre poderá ser contraposta, não se pode acometer à Circular 7/2004 de 30 de março, a definição extensiva da norma legal contida no artigo 31.º/32.º do EBF, nem a conseqüente inconstitucionalidade da mesma. Se a norma do artigo 32.º do EBF reclamava um método de aplicação e qualquer método era legítimo, não se percebe em que medida é que a Circular 7/2004, escolhendo um método e explicitando-o – não o impondo em regime de

---

<sup>249</sup> Neste ponto seguimos o entendimento de **Dourado, Ana Paula**, “O Princípio da Legalidade – Tipicidade, Conceitos Indeterminados e Margem de Livre Apreciação”, Editora Almedina, 2007,

exclusividade ou vedando a contraposição deste pelo Contribuinte, ou a sua sindicância pelos tribunais – consistia *ipso facto* em nova norma de incidência<sup>250</sup>. Deste modo, propugnamos que a nível legal e constitucional, a recuperação da Circular 7/2004 de 30 de março é defensável, sendo porém aconselhável, em face das críticas expendidas acima e do facto de as mesmas se centrarem na não previsão legal expressa da possibilidade de recurso a métodos de apuramento indireto de encargos financeiros, que uma conformação legal como a que propomos se faça acompanhar da correspondente clarificação legal da admissibilidade dos métodos indiretos presentes naquele texto e, bem assim, de qualquer outro método que se afigure razoável, no caso concreto ou quando aplicabilidade genérica e abstrata se verifiquem, para a prossecução do mesmo objetivo.

### III) Do conceito de “encargos financeiros não dedutíveis”

Neste tema, a posição do aplicador do Direito encontra-se facilitada em relação àquela que tinham em presença do recém-criado regime fiscal das SGPS após o Orçamento de Estado para 2003. A razão para tal prende-se com o facto de, aquando da criação e durante toda a vigência daquele regime, até à sua revogação com a Reforma do IRC em 2014<sup>251</sup>, não se procedeu à definição do que eram os encargos financeiros a desconsiderar para efeitos do regime fiscal das SGPS, nem mesmo procedendo a tal a Circular n.º 7/2004. Na altura, apenas a redação do artigo 23.º, na sua alínea c), aportava alguma luz ao que o Código considera gastos de natureza financeira, nomeadamente juros de capitais alheios aplicados na exploração, descontos, ágios, transferências, diferenças de câmbio, gastos com operações de crédito, cobrança de dívidas e emissão de obrigações e outros títulos, prémios de reembolso e os resultantes da aplicação do método do juro efetivo aos instrumentos financeiros valorizados pelo custo amortizado. Hoje em dia, a tarefa de definição de *encargos financeiros* para efeitos de densificação de um regime aplicado a eles tornou-se mais fácil por duas ordens de razões: atualmente, e mercê da dependência parcial do Direito Fiscal face à Contabilidade aceite comumente, é possível socorrer-mos de vários instrumentos contabilísticos com

---

<sup>250</sup> Cfr. Decisão do CAAD no Processo n.º 258/2015-T de 25 de fevereiro.

<sup>251</sup> Nesta sede, confira-se a Lei n.º 2/2014 de 16 de janeiro.

receção em Portugal onde podemos encontrar definições e preenchimentos dos conceitos contabilísticos que proliferam no âmbito da lei tributária. Assim, é importante trazer à colação a Norma Internacional Contabilística n.º 23<sup>252</sup>, onde queda explicitamente que “*Custos de empréstimos obtidos são os custos de juros e outros incorridos por uma empresa relativos aos pedidos de empréstimos de fundos.*”, sendo que incluem: “(a) *juros de descobertos bancários e de empréstimos obtidos a curto e longo prazo; (b) amortização de descontos ou de prémios relacionados com empréstimos obtidos; (c) amortização de custos acessórios incorridos em ligação com a obtenção de empréstimos obtidos; (d) encargos financeiros com respeito a locações financeiras reconhecidas de acordo com a IAS 17 Locações; e (e) diferenças de câmbio provenientes de empréstimos obtidos em moeda estrangeira até ao ponto em que sejam vistos como um ajustamento do custo dos juros.*”. De igual modo, a própria Circular n.º 7/2013 de 19 de agosto preencheu já, ainda que a título meramente exemplificativo, o conceito de gastos de financiamento líquidos, pelo que se considera vantajoso recuperar os conceitos nela vertidos, e que foram apresentados no capítulo I. Ela vem inclusivamente dar resposta a questões suscitadas no seio do regime de isenção das mais-valias realizadas pelas SGPS (por exemplo, a questão de se saber se os encargos com instrumentos financeiros derivados deviam incluir-se para efeitos de apuramento dos encargos não dedutíveis), pelo que se considera um desenvolvimento a manter.

Recuperando o *modus operandi* da Circular n.º 7/2004 de 30 de março, o que se pretendeu fazer foi, retomando a concisão de Jan Vleggeert, promover soluções práticas contra a questão do BEPS que pudessem ser usadas pelo legislador português em alternativa à norma atual do artigo 67.º do CIRC. Considerámos a aplicação da Circular acima referida como uma estratégia coerentemente associada ao substrato económico que se pretende tributar (alocando os encargos financeiros aos ativos dos quais decorrerão rendimentos isentos – dividendos distribuídos e mais-valias aquando da alienação), na existência de uma dificuldade por vezes acrescida em fazer uma alocação direta entre os encargos e a obtenção do rendimento.

Esta Circular poderá ser adotada, com o aproveitamento que dela se fez e com as melhorias que a ela se acometeram, numa redação do artigo 23.º que se pretendeu alterar, no sentido de

---

<sup>252</sup> Em inglês, IAS – International Accounting Standard, disponível, em português, em [http://www.cnc.min-financas.pt/siteantigo/IAS\\_textos\\_consolidados/IAS\\_23\\_Reg\\_1725\\_2003\\_TC.pdf](http://www.cnc.min-financas.pt/siteantigo/IAS_textos_consolidados/IAS_23_Reg_1725_2003_TC.pdf)

incluir no seu preâmbulo uma redação que abrangesse não só os rendimentos não sujeitos a tributação, mas também os rendimentos não tributados, ao abrigo de regimes de isenção ou outros (redução de taxa, por exemplo).

Saber que existem outros ordenamentos jurídicos que têm regras semelhantes (cfr. o Sistema Holandês no Capítulo III – Direito Comparado) confere alguma legitimidade ao pensamento apresentado, ainda que o método de cálculo do encargo não seja exatamente o mesmo. Entendemos o sistema holandês, que prima pela aplicação de uma fórmula ao montante de endividamento e a comparação dos valores das participações sociais, mas consideramos que a fórmula acima apresentada e que sempre constou da Circular 7/2004 encontra-se construída de uma forma muito lógica de afetação de proporcional dos custos, numa lógica progressiva que intuitivamente acompanhará o aplicador do eventual artigo.

Sendo uma das vias possíveis de controlar o BEPS e a primazia do financiamento que se tem vivido até recentemente, passa-se de seguida a apresentar outras soluções.



## Remuneração convencional do capital social

Tendo em conta o ponto de situação que foi feito no início deste trabalho sobre o tratamento desigual associado aos encargos decorrentes do aumento de capitais quer por via do financiamento junto de entidades terceiras, quer por via do recurso a aumento de capitais próprios, o qual ficou assente ser um fator de influência na decisão das empresas na altura de escolher a via de financiamento, podemos com segurança afirmar que este é também um dos problemas associados à temática dos encargos com o financiamento. *“Como bem se sabe, as questões tributárias relacionadas com a dedutibilidade dos juros têm a sua razão de ser num ponto crucial que todos os sistemas fiscais têm de resolver: se o tratamento dado aos rendimentos do capital alheio é neutro relativamente ao que é concedido aos do capital próprio. O elemento fiscal reveste-se, pois, de um papel de montanhas decisões de financiamento”*<sup>253</sup>, é testemunho bastante para considerar este um dos pontos a ter em conta, e a adereçar da melhor forma legislativa possível, ao adereçar a temática da dedutibilidade dos juros. Devemos convocar, como indica aquele autor, o Princípio da Eficiência: *“Segundo este [princípio], as escolhas dos agentes económicos não deveriam ser influenciadas pelo tratamento fiscal de diversas formas de organização, de diferentes formas de financiamento ou de outros fatores que contribuam para a falta de neutralidade fiscal.”*. Já vimos que uma das formas de resolver esta questão será proceder à limitação da dedutibilidade dos encargos financeiros, coartando as vantagens que estes possam apresentar por via da sua dedutibilidade. No entanto, esforços podem ser realizados na outra ponta do espectro, i.e., se um tratamento mais vantajoso for garantido sempre que haja recurso ao financiamento por via do reforço dos capitais próprios da entidade. Neste ponto seguimos de perto a opinião do autor António Martins<sup>254</sup> quando diz: *“(…) [A] boa solução seria a da manutenção da dedutibilidade destes [juros], sujeita, bem entendido, às cláusulas gerais e específicas fiscais sobre a dedutibilidade dos gastos, e permitir abater como gasto fiscal uma remuneração convencional para o capital próprio.”*. É o que acontece nos termos do artigo 41.º-A do EBF, de epígrafe “Remuneração convencional do capital social”, ao abrigo do qual se estipula o seguinte:

---

<sup>253</sup> **Martins, António**, “A dedutibilidade dos juros e a noção de “atividade” das sociedades: a propósito do artigo 23.º do CIRC”, in *Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal*, N.º 4, Ano V, Editora Almedina, 2012, p.81

<sup>254</sup> **Martins, António**, “A dedutibilidade dos juros e a noção...”, [ob.cit], p. 87

#### “Artigo 41.º-A

##### **Remuneração convencional no capital social**

1 - Na determinação do lucro tributável das sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas, empresas públicas, e demais pessoas coletivas de direito público ou privado com sede ou direção efetiva em território português, pode ser deduzida uma importância correspondente à remuneração convencional do capital social, calculada mediante a aplicação da taxa de 5 % ao montante das entradas realizadas, por entregas em dinheiro, pelos sócios, no âmbito da constituição de sociedade ou do aumento do capital social (...)”

No entanto, cremos que a aplicabilidade deste artigo não é suficientemente ampla para dele se extrair um verdadeiro intuito de homogeneização dos tratamentos fiscais conferidos às realidades em análise, até porque isso “(...) *geraria perda de receita.*”<sup>255</sup>, uma vez que a sua estatuição se encontra dependente do cumprimento de três requisitos, a saber, a qualificação nos termos de micro, pequena ou média empresa, nos termos previstos no anexo ao DL n.º 372/2007 de 6 de novembro, a identificação dos sócios que participem na constituição da sociedade ou no aumento do capital social exclusivamente como pessoas singulares, sociedades de capital de risco ou investidores de capital de risco e ainda o não apuramento do lucro tributável de acordo com métodos indiretos (art.º 89.º e seguintes da LGT). Notem-se ainda dois pontos em relação à presente disposição: em primeiro lugar, a mesma opera, exclusivamente, na ocorrência de entradas em dinheiro realizadas no capital social da entidade beneficiária, quer aquando da sua constituição quer perante quaisquer aumentos no capital social; por outro lado, o benefício pode ser utilizado durante quatro períodos de tributação (como a norma indica, no “ (...) *período de tributação em que ocorram as mencionadas entradas e nos três períodos de tributação seguintes.*”): para tal, basta que o contribuinte, no processo de apuramento do seu lucro tributável através do preenchimento da declaração Modelo 22, ou seja, até ao quinto período tributação seguinte ao encerramento do ano fiscal, deduza o correspondente benefício no Campo 774 do Quadro 07, indicando o mesmo valor no Campo 409 do Anexo D da referida declaração. Por imposições europeias é feita a ressalva da sujeição às regras europeias aplicáveis em matéria de auxílios *de minimis* que, nos termos do Regulamento (CE) n.º 1998/2006 da Comissão, de 15 de dezembro, na redação conferida pelo

---

<sup>255</sup> **Martins, António**, “A dedutibilidade dos juros e a noção...”, [ob.cit], p. 87

Regulamento (EU) n.º 1407/2013 da Comissão<sup>256</sup>, de 18 de dezembro que rege a aplicação dos auxílios de minimis desde 1 de janeiro de 2014 até 31 de dezembro de 2020, obriga à correção do excesso de subsídios atribuídos quando este valor resulte da ultrapassagem do limiar de € 200.000<sup>257</sup> em total de subsídios atribuídos durante um período de 3 anos. Caso este limite seja ultrapassado é necessário proceder à correção do excesso na declaração Modelo 22, mais propriamente no campo 372 do Quadro 10.

No mesmo sentido, mas com diferente abordagem, andou o regime belga ao estabelecer uma norma de conteúdo semelhante à norma portuguesa apresentada, promovendo a possibilidade de as empresas sedeadas na Bélgica, bem como as empresas não residentes com estabelecimentos estáveis constituídos aí, deduzirem aos seus lucros tributáveis um valor correspondente a uma percentagem do “capital de risco”, equiparado ao capital próprio, sofrendo alguns ajustes<sup>258</sup>. A dedução é calculada mediante a aplicação de uma percentagem sobre o *capital*, resultante da taxa de juro média aplicada no âmbito de uma obrigação de longo prazo e sem risco do Tesouro<sup>259</sup> com referência ao último trimestre do penúltimo ano a considerar. De acordo com Guia Mundial Tributário da consultora Ernst & Young<sup>260</sup>, e considerando a Bélgica, pode ler-se que esta dedução é permitida face a todos os tipos de empresas, desde que cumpram os requisitos, sendo que são estipuladas taxas diferentes consoante as dimensões das empresas e em atenção à média descrita acima<sup>261</sup>, desde que não ultrapassem o limite de 3% para grandes empresas e 3,5% para pequenas empresas.

---

<sup>256</sup> A principal alteração introduzida pelo novo Regulamento vai no sentido de a regra *de minimis* passar a ser aplicada ao grupo de sociedades, constituído no âmbito do RETGS (Art.º 69.º CIRC) e não a empresas individualmente consideradas.

<sup>257</sup> € 100.000 para empresas de transportes rodoviários

<sup>258</sup> Os ajustes promovidos pela legislação belga contemplam: exclusão do valor líquido de ações próprias ou participações detidas noutras empresas que se enquadrem no regime do *participation exemption*; exclusão de subsídios obtidos e exclusão do crédito obtido para investigação e desenvolvimento (“R&D”).

<sup>259</sup> No âmbito da legislação nacional, a figura aqui em questão tem por nomenclatura *obligations linéaires*, ou a sigla *OLO*.

<sup>260</sup> Disponível em: [http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/Tax-Services\\_Access-our-global-tax-guides](http://www.ey.com/GL/en/Services/Tax/Tax-Services_Access-our-global-tax-guides).

<sup>261</sup> De acordo com a informação disponibilizada naquele site, a taxa de juro média aplicada / a aplicar nos seguintes anos é, com referência ao último trimestre do ano anterior: em 2014, 1.562%; em 2015, para grandes empresas 2.630%, e 3.130% para pequenas empresas; em 2016, para grandes empresas, 1.630%, e 2.130% para pequenas empresas.

Neste sentido o sistema português fixou uma dedutibilidade indexada à percentagem fixa de 5%, melhor que a congénere belga em termos absolutos, e dentro da média praticada em depósitos a prazo nos principais bancos comerciais portugueses à data: se pensarmos que 5% de um aumento de capital de 10.000 equivale a € 500 e que estes terão que ser repartidos entre quatro períodos de tributação, tal equivalerá a uma dedução de € 125 por cada ano, o que corresponde a uma taxa de juro anual de 1,25%, parecendo esta ser uma média aceitável na comparação com as condições praticadas no mercado português de capitais correntemente.

Pelo exposto somos no sentido de uma apreciação positiva da solução consagrada na lei portuguesa, com duas ressalvas.

Parece-nos, em primeiro lugar e pela comparação com o regime belga, que a norma portuguesa não estará de acordo com os princípios e liberdades basilares da União Europeia, nomeadamente no que à liberdade de estabelecimento (artigo 49.º do TFUE) se respeita. A menção, no artigo 41.º-A do EBF, às “(...) *sociedades comerciais ou civis sob forma comercial, cooperativas, empresas públicas, e demais pessoas coletivas de direito público ou privado com sede ou direção efetiva em território português* (...)” não integra os estabelecimentos estáveis de entidades não residentes que, para todos os efeitos, não possuem sede nem residência em Portugal. Assim, à luz do princípio vertido na norma do artigo 49.º do TFUE, com o preenchimento que lhe tem sido conferido pela jurisprudência do TJUE<sup>262</sup>, somos da opinião de que aquele Tribunal poderia considerar a norma desconforme com as liberdades europeias, nomeadamente a Liberdade de Estabelecimento, embora seja nossa impressão de que, por razões de ordem prática e pela quantificação dos montantes envolvidos, consideramos que dificilmente uma questão controvertida sobre este tema será suscitada em sede jurisprudencial.

Por outro lado, a norma portuguesa tem uma aplicabilidade restrita (apenas em casos em que os sócios sejam pessoas singulares, sociedades de capital de risco ou investidores de capital de

---

<sup>262</sup> Com base em jurisprudência tão recuada como a do acórdão *Avoir Fiscal*, Processo C-270/83, de 28 de janeiro de 1986, mas encontrando no acórdão *Gebhard*, no Processo C-55/94 de 30 de novembro de 1995, os requisitos de justificação de uma restrição à das liberdades fundamentais, são estes a aplicação não discriminatória da restrição, a justificação em razões imperiosas de interesse geral, a adequação à realização do objetivo que prosseguem e a não ultrapassagem do mínimo que é necessário para atingir esse objetivo. Sobre este tema leia-se: **Nogueira da Costa, Paulo**, “O Princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia”, *in* *Jurismat*, n.º 4, 2014, pp. 321 - 338

risco), deixando de fora uma margem grande de sociedades às quais, porventura, a questão da dicotomia de tratamento entre endividamento e capitalização é mais premente. Neste sentido, não descortinamos uma razão para limitar a aplicação do artigo, crendo que a sua aplicação nos termos presentes configura uma violação ao Princípio da Igualdade, na sua vertente Material, uma vez que a situações iguais devem aplicar-se tratamentos legais (e, dentro destes, tributários) iguais, algo que não acontece agora. Em face do objetivo que se pretende adereçar com a presente norma – aligeirar a diferença no tratamento entre endividamento e capitalização –, um objetivo cujo problema é transversal à generalidade das empresas e não apenas àquelas que são abrangidas pelo normativo correntemente sob análise, não colhe razão a estrutura atual do artigo 41.º-A do EBF, devendo este ser adotada uma bitola mais generalista, se se entender pela manutenção da norma. Entendemos que as questões de política financeira do Estado vão influir na atribuição do benefício fiscal que poderia, eventualmente, concedemos, ser aplicado a pequenas e médias empresas como medida de incentivo, mas pouco percebemos da lógica por detrás da atribuição desta possibilidade às entidades que presentes no artigo. Consideramos, a jusante da questão, que o legislador deveria adotar uma aplicação homogénea quanto ao critério de atribuição deste benefício.

Uma nota final para dizer que é feita menção expressa a estas realidades no Plano de Ação n.º 2 do Relatório BEPS, relacionado com *Hybrid mismatchments*<sup>263</sup>: enquanto regras que permitem ao contribuinte a realização de uma dedução no apuramento do lucro tributável mas não implicam um pagamento a entidades terceiras, aproximam-se de regras de isenção na tributação, mas não configuram desequilíbrios para efeitos da conceção de instrumentos híbridos, uma vez que são expedientes puramente fiscais de correção, a eles não estando ligada qualquer obrigação de pagamento por parte do detentor de capital, não bulindo assim com a competência tributária dos Estados nem originando questões de dupla não tributação.

---

<sup>263</sup> **OECD (2015)**, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements - Action 2 - 2015 Final Report”, 2015, p. 11, pp. 17 - 18

## *Hybrid mismatches*

Nas palavras de Edoardo Traversa<sup>264</sup>, “(...) *the issue of characterization of an item of income as either interest or dividend has always caused a headache for tax administrators and practitioners. (...) [D]rawing the line between what is to be considered equity and what is to be considered debt is always arbitrary. Thus, each country, with the interpretational tools inherited from its legal tradition, has developed its own understanding of these concepts. Anyone who, at the supranational level, would defend the superiority of one national approach over another would be very ill-advised to do so.*”<sup>265</sup>.

Esta é uma questão que pode acontecer tanto *ab initio*, decorrente de discrepâncias entre a legislação do Estado da fonte e do Estado de residência, quando abordamos questões internacionais, como pode acontecer posteriormente a uma requalificação dos rendimentos (nomeadamente, como era comum, no seguimento da requalificação operada pelas regras de subcapitalização em vigor em diversos países, nomeadamente Portugal<sup>266</sup>).

Ela assume importância superior devido ao diferente tratamento fiscal conferido a cada uma destas realidades. Tendo em conta a situação vivida atualmente na maioria dos Estados, ao passo que nos Estados da Fonte os pagamentos com juros são considerados gastos dedutíveis e os dividendos (remuneração pela detenção de capital) não concorrem para a diminuição da base tributável, no Estado da Residência verifica-se a situação inversa ou seja, os juros recebidos em relação a financiamentos concedidos fazem parte do lucro tributável das empresas, enquanto os dividendos estão normalmente abrangidos por um qualquer mecanismo de *participation exemption* (como, em Portugal, se verifica plasmado no artigo 51.º e seguintes do CIRC). Esta realidade conjuga-se com o facto de o Estado da Fonte, onde os juros dedutíveis irão atuar no sentido de diminuição da base tributável, ser um Estado com

---

<sup>264</sup> **Traversa, Edoardo**, “*Interest deductibility and the BEPS Action Plan: nihil novi sub sole?*”, *British Tax Review*, n.º 5, Ed. Sweet & Maxwell, 2013, p. 607

<sup>265</sup> Tradução livre: “(...) A questão da caracterização de uma parcela de rendimento enquanto juro ou dividendo sempre levantou problemas para as autoridades tributárias e para juristas. (...) Estabelecer a diferença entre o que deve ser considerado capital e o que deve ser considerado endividamento é sempre arbitrário. Deste modo, cada Estado, fazendo uso da interpretação jurídica apurada continuamente, desenvolveu o seu próprio entendimento de cada um destes conceitos. E alguém que, a nível supranacional, pense defender a superioridade de um entendimento face a outro, será certamente desaconselhado a fazê-lo.”

<sup>266</sup> Cfr. artigo 67.º do CIRC, na redação anterior a 2013.

uma tributação essencialmente elevada, ao passo que o Estado da residência, destino dos fluxos financeiros, apresentará uma reduzida taxa de tributação ou inclusivamente regimes de isenção àqueles rendimentos, materializando-se assim uma situação de diminuição da base tributável por via da dedutibilidade dos encargos com o financiamento que tem perturbado autoridades tributárias. Entramos, neste campo, em sede dos *Hybrid mismatchments*, expedientes que visam aproveitar as diferentes conceções e interpretações dos Estados relativamente aos itens de rendimento no sentido de minimizar a carga tributária.

A questão dos “*hybrid mismatchments*” é mais lata do que a questão do aproveitamento das diferenças no tratamento tributário que se vem pressupondo ao longo deste trabalho, devido à definição – que abaixo será sumariada – do que se entenda por *hybrid mismatchment*. No entanto, dada a sua importância para a questão da erosão da base tributável e transferência de lucros, este tema foi também abordado no âmbito do Projeto BEPS, constituindo a Ação n.º 2, do qual resultou o correspondente Relatório final em dezembro de 2015<sup>267</sup>. Aquelas diferenças permitem a estruturação e utilização de esquemas transnacionais de forma abusiva, de modo a criar situações de dupla não-tributação, na medida em que, por um lado, geram deduções na esfera da entidade pagadora e constituem rendimento não tributado na esfera da entidade recetora. O Relatório final da Ação n.º 2 do Projeto BEPS delimita o seu objeto com recurso a dois elementos, que achamos importante clarificar, pois eles permitem traçar a diferença entre o âmbito desta dissertação e o tema daquele Relatório, justificando a diferença entre as díspares incidências dos mesmos. Assim, para efeitos daquele Relatório, apenas serão abrangidos por uma eventual regra sobre *hybrid mismatchments* reconhecida na legislação de um Estado ou mesmo internacional quando, a quaisquer expedientes que visem a exploração das diferenças entre duas ou mais jurisdições de modo a criar situações de dupla não-tributação, se encontrem reunidas as seguintes características<sup>268</sup>:

- Presença de um desacordo entre a qualificação e subsunção para efeitos legais a conferir à realidade assumida pelas empresas, podendo este resultar na dedutibilidade dos encargos por oposição à não tributação dos rendimentos em cada um dos Estados, ou

---

<sup>267</sup> OECD (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements - Action 2 - 2015 Final Report*”, 2015

<sup>268</sup> OECD (2015), “*Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements - Action 2 - 2015 Final Report*”, 2015, p. 11, pp. 17 - 18

podendo assumir o resultado de dupla dedução, em ambos os Estados. Não se encontram abrangidos pelas regras as diferenças de tratamento resultantes de variação na mensuração dos elementos, como as que são decorrentes das diferenças cambiais relativas aos instrumentos financeiros: estas serão ignoradas para efeitos da composição de uma regra relativa a *hybrid mismatchments*.

- Elemento híbrido: elemento que caracterizará os instrumentos assumidos entre as partes e sobre o qual se estabelece um conflito de qualificação entre os Estados de residência respetivos. Este elemento pode ser de mais ou menos fácil cognoscibilidade, dada a grande variedade de instrumentos financeiros e de elementos de conexão valorados pelos Estados para justificar a tributação, pelo que a orientação do Relatório da Ação n.º2 do Plano BEPS vai no sentido de adereçar e harmonizar o tratamento fiscal nos dois ordenamentos, em vez de adereçar o problema da qualificação dos elementos.

A regulamentação inserida no Relatório da Ação n.º 2 tem como objetivo o tratamento de diversas realidades que, partilhando das características de híbridos mencionadas acima, conseqüentemente, aproveitam abusivamente do tratamento desajustado as realidades sobre que versam, podendo ser agrupadas em três categorias: instrumentos híbridos que geram dedução num Estado e não inclusão no rendimento tributado de outro Estado; instrumentos híbridos que geram dupla dedução, podendo ser constituídos por pagamentos por pagamentos pelas entidades híbridas acompanhadas de segunda dedução na esfera da casa-mãe ou por situações de dupla dedução em casos de dupla residência; ou ainda por situações de dedução indireta num Estado e não inclusão no rendimento tributado de outro Estado, quando o resultado é transferido para uma terceira jurisdição através de um instrumento financeiro simples.

Não é escopo deste trabalho analisar a questão dos *hybrid mismatchments* tal como anteriormente definidos; contudo pretende-se concluir, após breve exposição da abordagem defendida na Parte I do Relatório da Ação n.º 2 do Plano BEPS da OCDE, pela utilidade em atender às recomendações aí previstas no que concerne aos encargos não dedutíveis que geram rendimentos não tributados em esferas dos Estados diferentes (Estado da entidade pagadora, por um lado, e Estado da entidade recetora dos rendimentos, por outro).



De acordo com a Recomendação 1<sup>269</sup> do Relatório Final da Ação n.º2, devem ser adotadas pelos vários Estados, com respeito pela seguinte ordem, as regras mencionadas abaixo:

- 1.º) Negação da dedutibilidade dos pagamentos, quando em presença de situações de Dedução / Rendimento Não Tributado nas ordens jurídico-tributárias da entidade pagadora e recetora dos rendimentos, respetivamente;
- 2.º) Caso a jurisdição da entidade pagadora não tenha regras que lhe permita realizar a neutralização do *hybrid mismatchment*, o ordenamento jurídico da entidade recetora do rendimento deverá desconsiderar a isenção e tributar o rendimento.
- No Relatório é também feita uma precisão que queremos aportar ao nosso trabalho: nos casos em que a jurisdição da entidade pagadora apenas faz incidir sobre os rendimentos uma não-tributação parcial ou a aplicação de uma taxa reduzida, também a quantia não deduzida para efeitos de correção na esfera da entidade pagadora não deve ser mais do que a necessária para eliminar a situação de dupla não tributação, sob pena de se cair na situação contrária de dupla tributação, na medida em que os encargos financeiros desconsiderados seriam sujeitos a tributação na esfera jurídica da entidade pagadora, mas também o seriam, enquanto rendimentos tributados, na esfera jurídica da entidade recetora.

Chegados a este ponto do subcapítulo, reportemos ao entendimento defendido atrás em sede do subcapítulo “Regra geral da dedutibilidade de juros”, onde estruturámos a opinião de que deveria ser dada uma utilização mais abrangente ao artigo 23.º do Código do IRC, na medida em que permitisse a desconsideração de gastos, quando estes estivessem ligados à obtenção de rendimentos não tributados (designadamente por via de isenção de rendimentos).

Neste sentido, consideramos que a referência ao Relatório da Ação n.º 2 do Plano BEPS constitui um reforço na defesa da posição que estruturámos: ainda que relativamente a situações diferentes, constata-se uma tendência para a harmonização do tratamento fiscal a conferir pelos ordenamentos jurídicos, que consideramos ser efetivamente aquela que vem combater as questões fiscais relacionadas com o problema (no caso, dupla não-tributação) dos rendimentos, tentando evitar situações de dupla tributação e desconformidade com a

---

<sup>269</sup> **OECD (2015)**, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements - Action 2 - 2015 Final Report”, 2015, p. 23 - 44

regulação internacional. Naturalmente que, no âmbito das transações que levantam questões de *hybrid mismatchments*, uma alocação direta é conseguida, na medida em que se analisa a qualificação e correspondente tratamento concedido a montantes pagos entre sociedades residentes em Estados diferentes ao abrigo de um instrumento financeiro determinado, sendo estas quantias mensuráveis por via contabilística (quer os montantes sejam pagos no período de tributação ou sujeitos a acréscimo); já o mesmo não acontece com os financiamentos obtidos sobre os quais são pagos juros cuja contrapartida é constituída pelo recebimento de rendimentos não tributados. No entanto, o procedimento por detrás da não dedutibilidade de ambos os casos aponta para a primazia da atuação por parte do Estado de onde decorrem os pagamentos, através da consideração de não dedutibilidade dos mesmos, na medida direta dos recebimentos não tributados, ou na sua impossibilidade, na medida mais razoável em relação àquele parâmetro, como tentámos explicitar acima.

Concluindo este subcapítulo, merece atenção o ponto 317 do Relatório da Ação n.º 2 do Plano BEPS<sup>270</sup> que versa sobre a coordenação com Plano de Ação n.º 4, sobre a Dedutibilidade dos Gastos de Financiamento Líquidos. Neste ponto, aquele Relatório concede que, na presença de uma regra de limitação à dedutibilidade dos gastos de financiamento líquidos com base na abordagem recomendada pela OCDE no seio da Ação 4, o risco de erosão da base tributável e transferência de lucros originada por *hybrid mismatchments* é reduzido, mas não é completamente eliminado. Decorre daquele Relatório que a aplicação das regras de limitação à dedutibilidade dos encargos com base na regra de combate aos *hybrid mismatchments* deve acontecer antes da aplicação da abordagem recomendada pela OCDE: ainda que defendamos uma posição que não adere à recomendada pela OCDE, ainda assim julgamos conveniente proceder à aplicação de qualquer regra que possa vir a ser adotada a nível doméstico com primazia em relação à regra que avançamos com base no artigo 23.º do Código do IRC: isto porque, quer a recomendação da OCDE, quer a posição que defendemos quanto à aplicação do artigo 23.º, devem acontecer como teste último à dedutibilidade dos encargos com o financiamento, não devendo prevalecer sobre regras específicas que visam evitar aplicações abusivas da lei num contexto determinado e que diversas regras, das quais é exemplo a

---

<sup>270</sup> OECD (2015), “Neutralising the Effects...” [ob.cit], pp. 102 e 2013

abordagem que está a ser equacionada pela OCDE no âmbito do Relatório Final da Ação n.º 2 do Plano BEPS, como atrás deixámos escrito.

## Prevenção de incidência objetiva específica

No seguimento do exposto no ponto anterior quanto aos *hybrid mismatchments*, mas com uma abrangência mais lata, será a abordagem holandesa que explorámos no Capítulo III ou a abordagem austríaca que prevê a restrição à dedutibilidade de pagamentos referentes a juros e royalties quando sujeita a uma tributação mínima no país de receção enquanto lucros das entidades recetoras (com previsão ou não do requisito de *beneficial ownership*: no caso da Áustria, a taxa mínima aplicável será de 10%). Tendo em consideração o detalhe com que o preceito normativo foi adotado<sup>271</sup>, o governo austríaco teve o cuidado de criar uma norma que fosse compatível tanto com o direito internacional e o direito europeu, providenciando para situações tanto domésticas como supra-nacionais. Se essa compatibilidade é material ou se apenas existe a nível formal é questão diversa – embora a norma respeite os requisitos de generalidade e abstração e aplicação irrestrita a residentes e não residentes, pode o TJUE considerar que existe uma violação tratamento não discriminatório – mas afirma Hermann Peyerl<sup>272</sup>: *“Non-deductibility nevertheless applies to Austrian and international cases probably in order to prevent discrimination against outbound constellations under EU law. The equal treatment of Austrian cross-border cases is, however, only ensured in a formal sense, as the criterion of low taxation is fulfilled almost exclusively in international cases. (...) [T]he provision is nevertheless considered to be compatible with Austria’s tax treaties (in particular, with the non discrimination provisions of article 24 of the OECD Model (2010) and with EU Law (primary law freedoms and secondary law, i.e. the Interest and Royalties Directive (2003/49)), due to its broad scope of application”*<sup>273</sup>.

Deste modo, a regra da não dedutibilidade apenas entrará em funcionamento nos casos em que nenhuma taxa seja devida no país de Residência (por exemplo, nos casos em que seja

---

<sup>271</sup> Secção n.º 12 (1), n.º 10, do Körperschaftsteuergesetz (KStG) – Lei do Imposto sobre o Rendimento Empresarial austríaco

<sup>272</sup> **Peyerl, Hermann**, “Deductibility of Interest and Royalties Restricted: Is Austria BEPS Rol Model?”, in *European Taxation*, IBFD, 2014, p.574

<sup>273</sup> Tradução livre: “A não dedutibilidade aplica-se, em todo o caso, a situações domésticas austríacas bem como internacionais, provavelmente no sentido de evitar discriminações em relação a transações efetuadas com entidades sediadas fora da Áustria, para efeitos da legislação europeia. O tratamento igual conferido às situações transfronteiriças é, contudo, apenas formal, uma vez que o critério de reduzida tributação é apenas verificado quando entram em jogo outras ordens tributárias [a menos, como o próprio autor refere, que existam regimes de tratamento fiscal preferencial dos rendimentos dentro do próprio país]

aplicável a Diretiva Juros e Royalties que prevê uma isenção de tributação no país de receção dos rendimentos daquela natureza) ou quando a tributação efetiva total seja inferior a 10%.

Hermann Peyerl alerta<sup>274</sup> para a possibilidade de estarmos perante uma violação das obrigações assumidas a nível internacional, não formalmente mas substantivamente, uma vez que “*Substantively, the non deductibility of interest and royalties has the effect of making them fully taxable in Austria. In this way, Austria violates the distribution regulations of articles 11 and 12 in the tax treaties that follow the OECD Model (2010), as they assign the right to levy taxes (except for a restricted right to levy taxes at source) to the other country*”<sup>275</sup>. Claramente encontramos aqui dois fundamentos em confronto, com os quais Portugal também se veria a braços caso optasse pela aplicação desta norma: por um lado, a conceção de que os Acordos para evitar a Dupla Tributação não estarão eminentemente vocacionados para tratar da evasão fiscal mas sim para adereçar apenas a questão da dupla tributação, não podendo constituir entrave a que por via nacional se recorram a mecanismos que obstem à diminuição abusiva da base tributária, como o pretendeu expor o Supremo Tribunal Administrativo austríaco<sup>276</sup>; por outro lado, a violação dos tratados internacionais por via da legislação nacional não deixa de poder ser qualificada, nos termos do direito internacional público, como violação do princípio *pacta sunt servanda*, vertido no artigo 26.º da Convenção de Viena<sup>277</sup>, nos termos do qual: “*Todo o tratado em vigor vincula as partes e deve ser por elas executado de boa fé*”<sup>278</sup>.

Parece-me que a situação atual se encontra algo diferente, uma vez que diversos ADT preveem inclusivamente normas que procuram fazer face ao excesso de endividamento por

---

<sup>274</sup> V. Nota 57

<sup>275</sup> Tradução livre: “Substantivamente, a não dedutibilidade dos juros e royalties tem o efeito de sujeitá-los a tributação na Áustria. Neste sentido, a Áustria viola as regras de distribuição de competência tributária previstas nos artigos 11 e 12 dos Acordos para evitar a Dupla Tributação baseados no Modelo OCDE (2010), uma vez que a regra neles prevista implica conceder a competência tributária ao outro estado (salvo em casos excecionais de atribuição da competência tributária ao Estado da Fonte).

<sup>276</sup> Caso *Dublin Docks II*: AT Supreme Administrative Court (VwGH), 10-08-2005, Proc. 2011/13/0018.

<sup>277</sup>

<sup>278</sup> Também nos termos da Convenção de Viena (artigo 18.º), executar “de boa fé” significa “abster-se de actos que privem um tratado do seu objecto ou do seu fim”.

parte de empresas (veja-se o caso, por exemplo, do ADT em vigor entre Portugal e Alemanha), pelo que existe já uma multiplicidade de objetivos previstos em cada acordo.

Na verdade, adicionalmente e à semelhança de diversas outras questões legais, a resposta nunca é escoreita, tanto que nas palavras dos professores Nguyen Dinh, Patrick Daillier e Alain Pellet<sup>279</sup>: “A obrigação de executar um tratado é tanto mais difícil de delimitar quanto mais as normas convencionais forem ambíguas. Mediante redacções apropriadas, as partes podem com efeito reduzir o alcance dos seus compromissos, seja enunciando as suas obrigações em termos suficientemente vagos para poderem aproveitar essa ambiguidade no seu melhor interesse, seja reservando-se a possibilidade de se desligarem dos seus compromissos em certas circunstâncias (...)”. No entanto, nas convenções para evitar a dupla tributação, a grande maioria das normas nelas vertidas tem como objetivo distribuir competências e, no cumprimento desse desiderato, são absolutamente explícitas e transparentes no seu conteúdo: assim, penso que uma aplicação desta norma deveria ser seguida por uma revisão das Convenções atualmente em vigor, a qual poderia ser feita no âmbito de uma convecção multilateral entre os Estados-membro da OCDE, o que não só reduziria custos como seria uma garantia de aplicação homogénea da norma, o qual estará em consonância com o modo de atuação previsto no Plano de Ação n.º 4 do Programa BEPS, que privilegia um *modus operandi* internacional ao invés da adoção de medidas nacionais. Conceção diferente é a da Diretiva Juros e Royalties<sup>280</sup> em que já se prevê, nos artigos 4.º e 5.º, a desaplicação do tratamento benéfico aos juros e royalties em situações, de modo geral, de fraudes e abusos. No artigo 5.º é dada legitimidade às disposições internas ou baseadas em acordo necessárias para evitar aquelas situações abusivas, de modo a poderem ser aplicadas pelos Estados em detrimento dos benefícios concedidos ao abrigo daquele normativo: uma vez estabelecido o respeito pelo princípio da não discriminação e pelas liberdades fundamentais e a atuação proporcional quando encaramos restrições àqueles princípios, a prevenção da evasão fiscal é um objetivo prosseguido pela ordem europeia, e portanto reconhecido e aceite na sua importância atual. Deste modo, considera-se que a inclusão, como

---

<sup>279</sup> Dinh, Nguyen Quoc, Daillier, Patrick, Pellet, Alain, “*Droit International Public*” – Tradução por Vítor Marques Coelho, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenian, 2003, p.223

<sup>280</sup> Diretiva 2013/13/UE do Conselho de 13 de maio de 2013 (versão consolidada da Diretiva 2003/49/CE do Conselho, de 3 de junho de 2003).

requisito num artigo 23.º que temos vindo a desenhar, de uma cláusula de dedutibilidade dos encargos financeiros indexada à tributação dos mesmos no ordenamento jurídico de destino (considerada à luz duma doutrina do beneficiário efetivo, e não em relação à entidade recetora dos montantes a nível imediato, de modo a manter a aderência à realidade económica dos factos e a não penalizar as entidades portuguesas pela escolha da forma e localização das suas contrapartes nas relações económicas, além de já existirem regras que atalham os pagamentos feitos a entidades residentes em territórios sujeitos a uma tributação preferencial (cfr. artigo 66.º do CIRC).

É nossa opinião que esta norma traria um desincentivo à transferência de rendimentos para países com uma tributação inferior, mesmo em sede de grupos económicos, ajudando assim ao combate a uma das abordagens perniciosas do BEPS identificadas anteriormente, salvaguardando a competência tributária dos Estados e evitando a evasão fiscal e o aproveitamento dos ordenamentos jurídicos pelos Contribuintes que pretendem minimizar inaceitavelmente a sua carga.

## *Transfer-pricing rules*

Numa tentativa de resumir a importância dos preços de transferência para a questão do BEPS e seu combate, convoca-se a opinião de Dhruv Sanghavi e Christian J. Schmidt<sup>281</sup>: “A *transfer price* refers to the price at which entities belonging to the same multinational enterprise (MNE) transact with each other. The special relationship between such entities can be used to erode the tax base of a state (typically the high-tax jurisdiction) by manipulating transfer prices in cross-border intra-group transactions and shifting income to another state (typically a lower tax jurisdiction).”<sup>282</sup>. De acordo com a filosofia por detrás das regras de preços de transferência encontramos uma intenção de determinação das condições, incluindo preços, praticadas em transações no âmbito de Empresas (melhor dito, entre empresas de Grupos) Multinacionais, no que respeita à alocação de rendimentos entre si: neste sentido, pode acontecer que os *standards* internacionais que orientam a aplicação das regras sejam incorretamente aplicados, criando um desalinhamento entre o local onde a atividade económica geradora de rendimentos é conduzida e o local onde os proveitos dessa atividade são reconhecidos.<sup>283</sup>

O conceito de Preços de Transferência (subsumível ao Princípio da Plena Concorrência) exige que nas transações entre entidades associadas seja praticado um preço similar àquele que existiria, numa transação comparável, concluída em semelhantes condições, caso fosse realizada entre entidades independentes, e legítima que sejam feitas correções ao lucro tributável sempre que aquelas condições, de entre as quais o preço, se afastem daquela bitola. Este método visa atingir o desígnio de, precisamente, alocar a produção de rendimentos à condução da atividade geradora dos mesmos e aporta, no âmbito dos gastos de financiamento

---

<sup>281</sup> **Sanghavi, Dhruv, Schmidt, Christian J.**, “TP or Not TP: Examining the Applicability of the Arm’s Length Principle to Inter-Company Equity Financing Transactions”, *in* Bulletin for International Taxation, IBFD, September 2013, p. 497

<sup>282</sup> Tradução livre: Um preço de transferência refere-se ao preço ao qual entidades pertencentes ao mesmo grupo empresarial multinacional transacionam. A relação especial entre tais entidades pode ser utilizada para atingir a diminuição da base tributável de um Estado (tipicamente o Estado com maior tributação) através da manipulação dos preços de transferência no âmbito de transações internacionais intra-grupo, mediante a transferência de lucros para um outro Estado (normalmente um Estado de baixa tributação).

<sup>283</sup> **OECD (2015)**, “Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports”, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, p. 9, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>



líquidos para o que ora interessa, com que seja menos fácil às empresas alocarem rendimentos a entidades com baixa tributação, nomeadamente através de financiamentos intra-grupo, no seguimento do que resume a constatação de Chris Adams: *“Transfer pricing is principally concerned with the economic value of a transaction and this in turn depends in large part on the risks assumed by each party. A basic activity can often be carried on as either a low risk or high risk capacity. (...) Within a multinational group there may be some flexibility over where (...) risks are situated and this in turn may have a significant impact on the group’s effective rate.”*<sup>284</sup> <sup>285</sup> Neste sentido, o trabalho realizado sobre o Relatório Final das Ações 8 a 19 do Plano BEPS<sup>286</sup> pretende melhorar o alinhamento entre a criação de valor efetivo na cadeia produtiva e a geração de rendimentos, sustentada numa análise de Preços de Transferência, de acordo com o risco assumido<sup>287</sup> pelas partes e com a importância das atividades económicas. Nesse sentido dar-se-á menor importância às entidades que agem simplesmente como tesouro do grupo, mas às quais não podem ser acometidas quaisquer atividades operacionais efetivas.

A matéria de preços de transferência, em Portugal, é regida nos termos do artigo 63.º do Código do IRC, tendo como subsidiárias de aplicação a Portaria n.º 1446-C/2001, de 21 de dezembro, que versa sobre os métodos de comparabilidade, bem como as Portarias n.º 620-A/2008 de 16 de julho e n.º 923/99 de 20 de outubro, que regulam os requisitos dos Acordos Prévios sobre Preços de Transferência. A par desta regulação nacional, a juridicidade da matéria encontra-se prevista no artigo 9.º da Convenção Modelo da OCDE e nos comentários

---

<sup>284</sup> **Adams, Chris D.**, “Transfer Pricing: The International Context” in Fisco, N.º 101/102, 2002, p. 49

<sup>285</sup> Tradução livre: “A regra de Preços de Transferência está principalmente preocupada com o valor económico de uma transação e isto, por sua vez, depende em larga medida dos riscos assumidos pelas partes. Uma atividade básica pode ser realizada quer como uma atividade de baixo ou alto risco. (...) Dentro de um grupo multinacional pode haver alguma flexibilidade no que toca a onde os riscos estão situados e isto pode, por sua vez, ter um impacto significativo na taxa efetiva do grupo.”

<sup>286</sup> **OECD (2015)**, “Aligning Transfer Pricing...”, pp. 11 – 12

<sup>287</sup> O elemento “risco” ganha bastante importância no âmbito do Relatório Final das Ações 8 – 10 do Plano BEPS da OCDE, em especial no que às operações de financiamento concerne, pelo que é adotado o seguinte entendimento naquele Relatório (cfr. p. 10): os riscos assumidos contratualmente por uma parte que não pode, de facto, exercer controlo efetivo e definido sobre esses riscos, ou que não possui a capacidade financeira para os assumir, ver-á os referidos riscos (e os correspondentes rendimentos) alocados à entidade que exerça esse controlo ou que demonstre capacidade financeira para os assumir, mesmo que isso implique a tributação de rendimentos em jurisdições em que a taxa de imposto seja superior, garantindo que não se permite escapatórias quanto às transferências abusivas de lucros.

àquele modelo de Convenção para evitar a dupla tributação, bem com o nas *Guidelines* de Preços de Transferência, que pretendem ser uma harmonização da interpretação e aplicação dos conceitos relativos à área. Paralelamente, as *Guidelines* sofreram uma alteração no âmbito do Relatório Final das Ações 8 – 10 no âmbito do Plano BEPS, no sentido de atualização do reforço da consagração do princípio da plena concorrência em áreas que até então têm sido especialmente problemáticas no que respeita à sua regulação, dada a grande volatilidade dos rendimentos em questão (rendimentos decorrentes de ativos intangíveis, rendimentos decorrentes de financiamentos e de atividades de alto risco).

Não queremos, neste ponto, até porque não se enquadra no tema em análise, conduzir uma análise profunda ao tema dos Preços de Transferência e à sua utilização no enquadramento da temática dos financiamentos e da correção aos encargos com financiamento disponíveis num ou noutro Estado-Membro, na altura do apuramento do seu lucro tributável. E, sem sombra de dúvida, reconhecemos o papel de grande relevo que esta norma tem assumido na regulação entre entidades associadas ao longo de várias décadas já.

No entanto, nas palavras de Jean-Pierre Vidal, Denis Larocque e Justin Leroux<sup>288</sup>: *“Assuming that transfer pricing rules are complied with, base erosion and profit shifting has been possible because the current rules allow the shifting of assets, functions and risks, and because multilateral enterprises that do shift income usually have an economic profit that comparables do not. (...) [O]ne-sided transfer pricing methods, which are most often used in general, are not as reliable as their widespread acceptance suggests. They are not completely reliable to prevent multinationals from shifting part of their income to low-tax countries in some circumstances, and they are not completely reliable to arrive at an unbiased result.”*<sup>289</sup>

Este parágrafo que ocupa as linhas iniciais de um estudo internacional dos três professores da

---

<sup>288</sup> Vidal, Jean-Pierre, Larocque, Denis, Leroux, Justin, “Base Erosion and Profit Shifting: Reliability and the Future of Transfer Pricing Methods”, in *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, November/December 2014, p. 423

<sup>289</sup> Tradução livre: “Assumindo que as regras referentes a preços de transferência são aplicadas, a erosão da base tributável e a alocação de rendimentos para outras jurisdições tem sido possível devido à permissibilidade que aquelas regras permitem em relação a mudança de ativos, funções e riscos, e porque as empresas multinacionais que realocam o rendimento lidam com valores para os quais dificilmente se encontram comparáveis no mercado. (...) Avaliações unilaterais de preços de transferência, amplamente utilizadas atualmente, não são tão aconselháveis como genericamente se crê. Não é possível confiar-lhes unicamente a tarefa de prevenção da alocação de rendimentos por parte das empresas multinacionais para ordenamentos com menor carga tributária, nem que atinjam um resultado completamente imparcial.

*École des Hautes Études Commerciales de Montréal* constata ainda a incapacidade de uma análise de preços de transferência, cujo objetivo seria ajustar, quando considerado excessivo por comparação a um conjunto de preços ou margens aplicáveis, o preço ou margem fixados por uma empresa multinacional, para o fazer. Neste sentido, deixamos resumidas os principais obstáculos que podem ser objeto de melhoramento (ou talvez não, tendo o aplicador que se conformar com a inerente limitação de técnicas feitas por e para seres humanos):

- Assimetria de informação: a preocupação no cumprimento dos requisitos relacionados com preços de transferência centra-se na comparação entre entidades, procedendo de diversos comparáveis que lhes sejam comuns (tipos de produtos vendidos, serviços realizados sobre os mesmos produtos ou como objeto de atividade, matérias-primas utilizadas, processos de produção empregues); no entanto, falta muitas vezes considerar toda a informação referente às empresas e/ou ao mercado em que estas se inserem para que se possa ter como (in)justificada a prática de um determinado preço, e consequentemente corrigido: muitas vezes, falta inclusivamente informação para que as autoridades tributárias possam testar a justificabilidade de um preço praticado, nomeadamente no que respeita a dados tão simples (mas tão custosos de obter) quanto a elasticidade da procura ou da oferta.
- Manipulação de fatores: não sendo exclusivamente baseado numa análise científica, a escolha dos comparáveis é essencialmente valorativa e resulta da apreciação feita pelos executantes do teste, o que poderá originar arbitrariedade e disparidade nos resultados produzidos a jusante caso diversas entidades (porventura com objetivos diferentes) sejam incumbidas de realizar uma análise comparativa a nível de preços de transferência para uma dada realidade de endividamento internacional.
- Dificuldade quanto à obtenção de comparáveis e quanto à validade das condições assumidas após a sua equiparação: quanto mais dimensões são buscadas na aferição da equiparação entre agentes, mais difícil se torna a obtenção de comparáveis, i.e., de entidades que apresentem as mesmas características quanto às dimensões sujeitas a equiparação, tornando menos fiável o resultado do teste.
- Amplitude de resultados: normalmente associado ao ponto anterior está o facto de qualquer condição de validade de um preço praticado em consonância com o *arm's length principle* poder equivaler não a um valor determinado que seja visto como limite, mas a um espectro mínimo e máximo de valores aceites para efeitos de validade dos

preços praticados, o que pode não se revelar conclusivo quando é necessário concluir sobre a excessividade ou não dos valores fixados ao nível do financiamento.

Certos de que as soluções no âmbito de uma análise de Preços de Transferência podem ter alguns óbices, o Relatório Final das Ações 8 – 10 no âmbito do Plano BEPS adota uma posição de revisão e atualização da atuação relacionada com os Preços de Transferência<sup>290</sup>: “(...) [T]he BEPS Action Plan required the guidance on the arm’s length principle to be clarified and strengthened and, furthermore, if transfer pricing risks remain after clarifying and strengthening the guidance, the BEPS Action Plan foresaw the possibility of introducing special measures wither within or beyond the arm’s length principle”<sup>291</sup>.

Estamos convictos, da informação analisada sobre este tema no decurso da realização deste trabalho, que os fundamentos por detrás das regras de Preços de Transferência (Princípio da Livre Concorrência) são extremamente corretos e ajudam a que as trocas comerciais sejam praticadas com respeito aos vetores que devem orientar o mercado nas suas trocas comerciais. Obviamente que existem falhas – que foram identificadas – no sentido de alertar para o facto de que mesmo as regras que já obtiveram grandes desenvolvimentos devem estar sob constante estímulo de mutação e adaptação ao momento temporal em que se aplicam, enquanto expressão da atuação dos agentes económicos e do estado da regulação: será importante, por isso, pensar equacionar a flexibilização destas regras, no sentido de tornar o seu cumprimento menos oneroso para os sujeitos passivos, quer ao nível dos custos, quer ao nível do tratamento da informação. Assim acontece com a regulação em sede de Preços de Transferência uma que, pela generalizada aceitação que obteve e obtém, deve ser aproveitada no combate às práticas abusivas, de entre as quais a aplicação de juros excessivos entre partes relacionadas, como forma de transferência abusiva de lucros, com toda a carga de evasão tributária e transferência de lucros que essa atuação comporta.

---

<sup>290</sup> **OECD (2015)**, “Aligning Transfer Pricing...”, pp. 9

<sup>291</sup> Tradução livre: “O Plano de Ação BEPS exigiu a clarificação e fortalecimento da orientação em matéria de preços de transferência e, adicionalmente, caso os mesmos riscos se mantivessem depois daquela atualização, seria equacionada a possibilidade de introduzir medidas especiais quer no âmbito, quer para além dos preços de transferência”.

## Abordagem multilateral

Chegados ao último ponto deste capítulo de análise, culminamos com a apresentação da abordagem multilateral. Efetivamente, a questão do BEPS é uma que, por mais completa que a abordagem de um Estado pretenda ser, sempre encontrará obstáculos na articulação com as políticas fiscais de outros Estados as quais, por dificuldade de coordenação entre autoridades fiscais, pelo desalinhamento quanto a políticas fiscais que versam na legislação diferentes conceitos e exigem diferentes interpretações.

É no Relatório final da Ação 2 do Projeto BEPS, levado a cabo pela OCDE e pelo G20 ao qual tem sido feita ampla referência no decurso deste trabalho, que encontramos a principal razão para justificar uma abordagem multilateral (que inclui abordagens bilaterais – ADTs, por exemplo – ou internacionais concertadas – perspectiva de tratado internacional ou diretivas/regulamentos europeus). Ali é dito: *“The recommendations take the form of linking rules that align the tax treatment of an instrument or entity with the tax treatment in the counterparty jurisdiction but otherwise do not disturb the commercial outcomes. (...) This prevents more than one country applying the rule to the same arrangement and also avoids double taxation.”*<sup>292 293</sup> [sublinhado nosso]

Na esteira de Leiden Michael Graetz, entendemos que apenas uma regra de alocação de encargos financeiros ao nível internacional, atuando com referência à globalidade das entidades integrantes de um dado grupo societário, poderá positivamente combater as técnicas abusivas de erosão da base tributável e transferência de lucros identificadas, pois apenas ela terá uma visão interestadual da atuação sobre o problema, mitigando as diferenças de tributação entre os Estados. Para aquele autor, *“(...) diferente tax rates in diferente countries create incentives for companies both in choosing where to locate real investments and in shifting income and deductions around the world. (...) [W]hen countries differ in their rules for determining the source of a particular kind of income, both double taxation and zero (or*

---

<sup>292</sup> Tradução livre: “As recomendações tomam a forma de ligação entre regras que definem o tratamento fiscal de um instrumento ou de uma entidade numa jurisdição com o tratamento fiscal noutra, sem perturbarem o resultado comercial. As regras aplicam-se automaticamente, sendo que existe uma ordem de aplicação das regras na forma de uma regra primária e de uma regra secundária, ou defensiva. Isto previne que mais do que um Estado apliquem a regram ao mesmo financiamento e elimina a dupla tributação.

<sup>293</sup> **OECD (2015)**, “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements - Action 2 - 2015 Final Report”, 2015, pp. 11 - 12

*even negative taxation) can occur. (...) In the absence of multilateral agreement, these difficulties, opportunities and issues will persist.*”<sup>294</sup>.

Neste sentido, gostaríamos de fazer uma alusão breve à nova proposta de CCCTB, que vem relançar a proposta deixada em aberto em 2011<sup>295</sup>, propondo uma integração *step-by-step*, promovendo uma uniformização de critérios de fixação da matéria tributável num primeiro momento, e apenas posteriormente promovendo a consolidação de tributação entre Estados Membro. Esta proposta pretende criar, a longo prazo, uma base harmonizada de regras de apuramento da base tributável de entidades residentes e de estabelecimentos estáveis de entidades não residentes, estabelecendo a harmonização em três campos: apuramento da matéria tributável, consolidação de resultados quando a entidade faz parte de um grupo, e alocação dos resultados a cada Estado Membro que integre esse grupo. Neste contexto, a Diretiva para uma Base Tributável Consolidada procura adereçar problemas decorrentes da desarticulação entre as legislações dos vários Estados-Membro, o que resulta em dupla-tributação ou sobre-tributação das realidades, bem como na incorrência em custos administrativos extraordinários, o mais das vezes injustificados, que conduzem à diminuição do incentivo para criação de investimento na União Europeia.

É nossa opinião que, do ponto de vista abstrato, teria grande valia para a eliminação de incongruências na aplicação da legislação pelos diversos Estados a aplicação integral e uniforme pelos vários Estados da Diretiva CCCTB, mas cumpre dizer que tal consenso é, na nossa opinião, de difícil obtenção por parte dos diversos Estados. Apesar de as taxas continuarem a estar na disponibilidade dos Estados, como bastião da medida de competitividade sobre a qual cada um deles pode exercer a sua competência, uniformizar as medidas de determinação da matéria tributável bule em grande parte também com a estrutura de tributação que os Estados definirem para si, sendo certo que nem todos os Estados têm vantagem de sujeitar a tributação o mesmo tipo de rendimentos uma vez que, mesmo dentro da Europa, existem Estados eminentemente exportadores de rendimentos e Estados importadores de rendimentos. No entanto, são pouca as informações que temos disponíveis

---

<sup>294</sup> **Graetz, Michael J.**, “A Multilateral Solution for the income Tax Treatment of Interest Expenses”, in *Bulletin for International Taxation*, IBFD, novembro 2008, p.487

<sup>295</sup> Proposta de Diretiva COM(2011) 121/4

sobre a nova proposta e sobre a sua aceitabilidade junto dos destinatários, sendo que apenas no longo prazo poderão estas regras de apuramento ser pensadas, num espectro de probabilidade, como um elemento de mudança da tributação a nível europeu.

Deste modo, e centrando-nos nos esforços que estão correntemente a ser envidados no sentido de adereçar o problema da dedutibilidade dos encargos financeiros, podemos acometer que a regulação internacional neste aspeto, como foi focado em capítulo próprio, se centra na aplicação de uma *fixed ratio rule*, possivelmente associada a uma *group ratio rule*. Funcionando um pouco como catarse de toda o excuso despendido, ensaiamos que existem razões para considerar a *fixed ratio rule* desconforme aos princípios constitucionais vigentes na maioria das ordens constitucionais atualmente em vigor no seio da Europa. Assim, cumpre equacionar da aplicação sozinha da regra de *group ratio rule*. Na nossa opinião, existem argumentos para defender a valia isolada desta regra como regra de limitação à dedutibilidade de encargos com o financiamento: em primeiro lugar, a sua alocação de juros pelos diversos membros do Grupo permite alinhar a política de dedutibilidade dos encargos com o rácio apurado a nível do grupo tendo em atenção os gastos com entidades terceiras. No fundo, consegue prevenir-se através do funcionamento deste rácio que o grupo realize financiamentos intra-grupo com o único objetivo de posteriormente transmitir os encargos e respetivos rendimentos de modo a colocar a matéria dedutível e os rendimentos em países com tributação indicada a essa questão, uma das faces do BEPS que identificámos no início deste capítulo, ao mesmo tempo que se garante que os grupos deduzam, pelo menos, todos os seus encargos com financiamentos junto de entidades terceiras, reduzindo assim o impacto que a aplicação de uma regra de rácio fixa teria sobre a não dedutibilidade dos gastos com o financiamento ao nível do grupo. A *best practice approach*, relativamente ao grupo, prevista na recomendação da OCDE, prima pela ligação dos encargos líquidos de financiamento com entidades terceiras ao EBITDA do grupo como apuramento do rácio a aplicar ao EBITDA da sociedade de modo a descobrir o valor ao qual a sociedade estará limitada para efeitos de dedução dos gastos de financiamento líquidos: consideramos que, através da aplicação deste rácio, o Estado consegue cumprir o desígnio de combate à transferência de lucros.

Dois pontos são de frisar neste campo: em primeiro lugar, somos da opinião que os valores que devem ser seguidos são os valores na contabilidade mas, de acordo com a recomendação da OCDE, concordamos que a maioria dos Estados quererão fazer ajustamentos ao EBITDA de grupo contabilístico, de modo a não sub- / sobrevalorizar aquele cálculo. Neste sentido, e

porque concordamos com esta posição intermédia (que queda entra a integral utilização dos valores de contabilidade e a posição extrema de permitir todas as correções fiscais que os estados entendessem praticar, consoante o Estado Membro onde se localizasse a sociedade que calculasse o seu EBITDA), antevemos que os trabalhos que a OCDE indica no Relatório de Ação n.º 4 do Plano BEPS poderão vir a definir futuramente esta questão, procurando pontos de consenso aceites pelos Estados que muito agilizariam a aplicação da norma. Pensamos que esta abordagem seria útil para o apuramento dos gastos líquidos de financiamentos relacionados com entidades terceiras, em relação aos quais se poderá equacionar a remoção de pagamentos não equivalentes a juros (e.g. dividendos, mais-valias na alienação de instrumentos financeiros, entre outros), a adição de juros capitalizados (no custo de aquisição dos ativos, quando a contabilidade assim o permita) e ainda a consideração de custos ou rendimentos que estejam incluídos em outras categorias de rendimentos (o que acontecerá efetivamente em situações onde as demonstrações financeiras estejam organizadas segundo normativos contabilísticos diferentes)<sup>296</sup>. De igual modo, no cálculo do EBITDA de grupo, entendemos que a procura de um EBITDA fiscal de grupo compreende, hoje em dia, sem qualquer harmonização feita ao nível da CCCTB, e muito menos ao nível da Diretiva e do Plano BEPS como deixámos atrás, seria mais sensato, numa primeira fase, estimular a aplicação de um EBITDA consolidado, eventualmente corrigido de ajustamentos fiscais entendidos como genericamente efetuados. Este procedimento permitiria aproximar o rácio encontrado do verdadeiro peso dos encargos com financiamentos junto de entidades terceiras no total dos rendimentos tributados, objetivo ótimo da tributação neste caso: apenas por razões de extrema complexidade não se propõe diretamente essa situação ao nível do BEPS, se bem que uma posição intermédia como a que é defendida para o apuramento dos encargos financeiros poderia ser defendida aqui, prevalecendo uma materialidade económico-fiscal mais em linha com a realidade dos rendimentos tributados.

---

<sup>296</sup> Estas considerações estão presentes na definição vertida no n.º 12 do artigo 67.º do CIRC; contudo, tal como esta, existem diversas outras normas nos 28 países que ou têm, ou teriam, caso tivessem um regime idêntico, uma opinião sobre que valores considerar como encargos financeiros.



A título conclusivo, cumpre fazer uma apreciação geral deste Capítulo IV. Iniciámos o capítulo identificando quatro grandes problemas com a prática de erosão da base tributável e transferência de rendimentos relacionada com a aplicação de juros e outros encargos financeiros, a saber resumidamente, a geração falseada de encargos com o financiamento intra-grupo utilizados para diminuir a base tributável e obter tributações mais baixas, a geração de encargos dedutíveis para obtenção de rendimentos não tributados, a alocação irreal de encargos por entre as entidades do grupo, e a verificação de *hybrid mismatchments*. Neste sentido, pensamos que, ao longo das seis partes que antecederam, pudemos constatar diferentes regras que tratam a questão da dedutibilidade dos juros com o financiamento em diversas vertentes da realidade BEPS que eles podem criar:

- Pensamos conseguir reduzir a importância da geração e alocação irreal de encargos financeiros entre entidades intra-grupo através da regra de Preços de Transferência anteriormente abordada, que permite aplicar uma restrição a valores de juros calculados de uma forma exagerada em função das condições normais de mercado; além disso, a aplicação da recomendação da OCDE através da *group ratio rule* permite alinhar a capacidade dedutiva das empresas que pertencem a um grupo à política financeira do mesmo junto de entidades terceiras, criando mais uma camada de limitação à dedutibilidade dos encargos gerados meramente entre empresas dentro do grupo;
- Atendendo a que uma das “faces” do BEPS será a contração de financiamento e suporte de juros para a aquisição de rendimentos não tributados, equacionou-se a aplicação de uma norma portuguesa (artigo 23.º do Código do IRC) incrementada, no sentido de esta passar a prever, pelo menos quanto aos encargos financeiros – pelo que o poderá fazer no corpo do artigo ou num artigo à parte – a ligação entre suportação de juros e obtenção de rendimentos tributados, no caso de rendimentos *inbound*, recebidos pelo residente. No caso de situações *outbound*, em que o residente paga encargos, sugerimos a aplicação de uma regra como aquela que se encontra em vigor no regime austríaco, por permitir não descurar a tributação dos rendimentos caso não sejam tributados no ordenamento de destino, evitando situações de dupla não tributação do rendimento;

- Finalmente, no sentido de tentar combater situações de evasão fiscal decorrente de *hybrid mismatchments*, os quais se deixaram definidos e que, basicamente, permitem situações de dupla dedução ou de obtenção de dedução com rendimentos não incluídos na tributação, entendemos que o constante reforço, flexibilização da norma, bem como ligação entre Autoridades Fiscais e criação de obrigações de *disclosure* junto dos Contribuintes permite que a regra se vá adaptando às necessidades do tempo, associada a uma paulatina monitorização das suas características e utilidade.

Não pretendemos, com este excurso, e como fizemos questão de frisar desde o início deste trabalho, arrogar-nos a pretensão de uma regulação definitiva e fechada da questão da dedutibilidade dos encargos com o financiamento líquidos; ela constitui tão-somente um contributo para a regulação do tema, daquilo que nos parece corresponder melhor aos princípios vigentes na ordem jurídica portuguesa, na ordem europeia e daquilo que parece ser o mais salutar desenvolvimento atual do tratamento da questão, tendo em consideração os esforços regulamentares expedidos pela OCDE e pela União Europeia. É fruto também da nossa opinião em como, porventura, a criação de um sistema fiscal com regras específicas, não mais do que as necessárias para o combate à realidade BEPS e seus corolários, será porventura o suficiente para fazer face a estas situações, não sendo necessárias regras tão agressivas como a fixação de um rácio de desconsideração dos encargos financeiros, ainda que ligados aos rendimentos tributáveis, principalmente quando as mesmas não prevejam qualquer tipo de cláusula de justificabilidade, como deixámos concluído no Capítulo I. Neste sentido, o nosso excurso também pretendeu assacar esse cariz alternativo à regulação, para que nunca se esqueça que não existe apenas um caminho a trilhar.

Esta é uma questão, sem dúvida, atualmente muito pertinente, que está na ordem do dia em todos os boletins fiscais e que merece a nossa atenção e, principalmente, das empresas que se vêm a braços com os seus encargos financeiros e o tratamento a conferir-lhes. O objetivo pretendido com a regulação destas realidades será tentar evitar a prossecução de esquemas que perpetuem a erosão fiscal e a transferência indevida de lucros, recuperando aos Estados a sua competência legislativa sem que, para tal, e na medida do razoável, não se façam impender encargos demasiado onerosos sobre os Contribuintes, mantendo o respeito pelos princípios constitucionais e da União.

Creemos que esta foi um excursão que se pretendeu ater a essas linhas orientadoras frisando, mais uma vez, que não será o único possível, atenta a miríade de regulações possíveis da questão. Se alguma vez se atingirá o sistema fiscal perfeito, pode duvidar-se; no entanto, qualquer inspiração que aponte nesse sentido será um ímpeto no bom caminho. Foi isso que pretendemos fazer com este trabalho.

# Conclusões

O tema que foi tratado nesta tese é deveras atual, e de grande impacto e interesse para as empresas. Quer-se, quanto a ele, uma regulação que desonere o menos possível os contribuintes, garantindo que os Estados conservam a sua competência tributária, no respeito pelos preceitos e princípios constitucionais e de Direito da União Europeia.

As ideias apresentadas no trabalho – umas mais inovadoras que outras – têm como objetivo atingir o cumprimento desses objetivos no combate à erosão da base tributária e transferência indevida de lucros (BEPS), cuja expansão denota uma agressividade ímpar das empresas, principalmente multinacionais, na procura pela diminuição da sua carga fiscal.

Longo já tem sido o caminho trilhado pelas diversas instâncias de legislação e pelos intérpretes do Direito na flexibilização e atualização das normas contra a erosão da base tributária e transferência indevida de lucros e diferentes são as abordagens dos vários intervenientes: foi exatamente essa miríade que tentámos capturar no presente trabalho, apresentado algumas ideias de como a tributação poderá acontecer de uma outra forma diferente daquela que parece a maré indicar. Não estará tão desajustada da realidade, até, tal como pudemos constatar no Capítulo III onde, a diversidade de abordagens dos diferentes Estados é prova de uma grande diversidade de abordagens.

Não querendo ser uma regulação fechada da questão, pretendeu-se com este trabalho apresentar outras formas de adereçar a questão do BEPS e de mostrar que ela é uma realidade atual, premente, com a qual as sociedades se debatem diariamente, e para a qual urge uma decisão, que passará, ainda que não desprimorando as normas nacionais, por uma abordagem multilateral que permita alinha, em maior ou menor grau, as tributações entre os Estados, num futuro mais ou menos próximos.

# Bibliografia

ADAMS, Chris D., “Transfer Pricing: The International Context”, *in* Fisco, N.º 101/102, 2002

ASCENÇÃO, José de Oliveira, “O Direito – Introdução e Teoria Geral – Uma perspectiva luso-brasileira”, 11ª Edição, Editora Almedina, 2001

BANCO de Portugal, “Estudo da Central de Balanços n.º 23 – Análise Setorial das Sociedades Não Financeiras em Portugal, 2010 – 2014”, novembro de 2015, p. Sumário, disponível em [https://www.bportugal.pt/pt-PT/ServicosaoPublico/CentraldeBalancos/Biblioteca%20de%20Tumbnails/Estudos%20da%20OCB\\_23\\_2015.pdf](https://www.bportugal.pt/pt-PT/ServicosaoPublico/CentraldeBalancos/Biblioteca%20de%20Tumbnails/Estudos%20da%20OCB_23_2015.pdf)

BÄRSCH, Sven-Eric, OLBERT, Marcel, “Tax Classification of Debt and Equity and Recent Jurisprudence in Germany”, *Bulletin for International Taxation*, Vol. n.º 69, N.º9, IBFD, 2015

BRADLEY, M., JARRIL, Gregg A., KIM, E. Fan, “On the existence of an Optimal Capital Structures: Theory and Evidence”, Vol. 39, 1984

VON BROCKE, Klaus, PEREZ, Eugenio Garcia, “Gourp Financing: From Thin Capitalization to Interest Deduction Limitation Rules”, *in* *International Transfer Pricing Journal*, jan. – fev. 2009, IBFD, 2009

BUSLEI, Hermann e SIMMLER, Martin, “The Impact of Introducing and Interest Barrier – Evidence form the German Corporation Tax Reform 2008”, *Deutsche Institut für Wirtschaftsforschung*, 2012

CANOTILHO, Gomes, MOREIRA, Vital, “Constituição da República Portuguesa Anotada”, 3ª Edição, Editora Coimbra, 1993

CUNHA, Paulo de Pitta e, MÁXIMO DOS SANTOS, Luís, “Sobre a Incompatibilidade com o Direito Comunitário do Regime Fiscal da Subcapitalização”, *in* Fisco, n.º 119/ 121, 2005

CURT, Pauline, ROBERT, Eric, “The New Limitation on the Deduction of Financial Expenses”, *in* European Taxation, IBFD, junho 2013

DAMODARAN, Aswath, “Corporate Finance: Theory and Practice”, 2nd Edition, New York, 2001

DELOITTE, “BEPS: Frequently Asked Questions and Answers”, Tax and Legal, June 2015  
– “OECD Tax Alert”, International Tax, 6 October 2015

DIAS, Gaspar L., “The Concept of Debt-Claim as the Key Distinguishing Factor between Dividend and Interest Income in the OECD Model”, *Derivatives & Financial Instruments*, Vol.17, N.º2, IBFD, 2015

DINH, Nguyen Quoc, DAILLIER, Patrick, PELLET, Alain, “*Droit International Public*” – Tradução por Vítor Marques Coelho, 7ª Edição, Fundação Calouste Gulbenian, 2003

Domingues, Rodrigo Rebeca, “ mencionado na nota de rodapé 62 mas sem indicação da obra

DOURADO, Ana Paula, “O princípio da legalidade fiscal na Constituição portuguesa”, *in* Perspectivas constitucionais, nos 20 anos da Constituição de 1976, Vol II, Editora Coimbra, 1997

- “O Princípio da Legalidade Fiscal - Tipicidade, conceitos jurídicos indeterminados e margem de livre apreciação”, FDUL Lisboa, 2005

FABO, Diego Marín-Barnuevo, “Presunciones y técnicas presuntivas en Derecho Tributario”, Ed. McGraw & Hill, Madrid, 1996

FINNERTY, J., EMERY, D., “Debt Management”, Harvard Business Press, Boston, 2001

GONÇALVES, Miguel, “Factoring – uma proposta de tratamento contabilístico na ótica da empresa aderente”, *in* Contabilidade e Empresas, n.º2, 2010

GRAETZ, Michael J., “A Multilateral Solution for the income Tax Treatment of Interest Expenses”, *in* Bulletin for International Taxation, IBFD, novembro, 2008

GUERREIRO, Tiago Caiado, “O Novo Regime Fiscal das SGPS”, *in* Fiscalidade, N.º 26, julho/setembro, 2004

JUSTO, António dos Santos, “A Fictio Juros no Direito Romano – Aspectos Gerais”, Coimbra, 1985

KAHLENBERG, Christian, “The Tax Treatment of Hybrid Financial Instruments”, *in* European Taxation, 2015

KOK, Reinout, “The Classification of Debt and Equity”, Derivatives & Financial Instruments, IBFD, 2014

LARENZ, Karl, “Metodologia da Ciência do Direito” – tradução de José Lamago, 3ª Edição, Fundação Calouste Goulbenkian, 1997

LOPES, Ana Isabel, TRABUCHO, Pedro Santos, “Demonstrações financeiras consolidadas no contexto do SNC”, TOC, n.º 122, maio/2010

LOUSA, Maria dos Prazeres, “As Regras Fiscais sobre a Subcapitalização”, in CTF, n.º 383, julho-setembro, 1996

- “O Problema da Dedutibilidade dos Juros para Efeitos da Determinação do Lucro Tributável”, in Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, N.º 171, Abril 1995, Centro de Estudos Fiscais

MARTINS, António, “A dedutibilidade dos juros e a noção de “atividade” das sociedades: a propósito do artigo 23.º do CIRC”, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, N.º 4, Ano V, Editora Almedina, 2012

- “A fiscalidade e o financiamento das empresas”, Edições Vida Económica, Porto, 1999
- “A limitação à dedutibilidade dos encargos financeiros em sede do IRC: uma nota sobre os conceitos de gastos de financiamento e EBITDA de grupos”, in Revista de Finanças Públicas e Direito Fiscal, Vol. VII, N.º 1, Almedina, Lisboa, 2008

MASULIS, R.W., “The Debt-Equity Choice”, New York, 1988

MAZANSKY, Ernest, “Hybrid Debt and Hybrid Equity Instruments and the Interest Limitation Rules in South Africa”, in *Bulletin for International Taxation*, IBFD, 2015

MECKIE-MASON, Jeffrey, “Do taxes affect corporate financing decisions?”, in *Journal of Finance*, n.º 45, 1990

MODIGLIANI, F, MILLER, M., “The Cost of Capital, Corporation Finance and the Theory of Investment”, in *American Economic Review*, n.º 48, 1958



MOURA, Luís Graça, “A ‘nova’ Tributação do Rendimento das SGPS: Reflexões acerca da Tributação das Mais-Valias no Quadro do Princípio da Segurança Jurídica”, *in* Revista Jurídica da Universidade Portucalense Infante D. Henrique, N.º 10, março de 2003

NABAIS, José Casalta, “Alguns aspetos do quadro constitucional das empresas”, *in* Fisco, N.º 103/104

- “Direito Fiscal”, 6ª Edição, Ed. Almedina, 2010
- “O quadro constitucional da tributação das empresas”, *in* Nos 25 anos da Constituição da República Portuguesa de 1976, AAFDL, 2001
- “Presunções inilidíveis e princípio da capacidade contributiva”, *in* Fisco, N.º 84/85, Set. – Out. 1998, Ano IX, Editora Lex

NOGUEIRA DA COSTA, Paulo, “O Princípio da proporcionalidade na Fiscalidade Internacional: o seu relevo no contexto da União Europeia”, *in* Jurismat, n.º 4, 2014

OECD (2013), Action Plan on Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264202719-en>.

OECD (2013), Addressing Base Erosion and Profit Shifting, OECD Publishing, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264192744-en>

OECD (2015), Aligning Transfer Pricing Outcomes with Value Creation, Actions 8-10 – 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris, disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241244-en>

OECD (2015), Comments received on Public Discussion Draft – BEPS Action 4: Interest deductions and other financial payments – Part 1, disponível em <http://www.oecd.org/tax/aggressive/public-comments-action-4-interest-deductions-other-financial-payments-part1.pdf>

OECD (2015), Comments received on Public Discussion Draft – BEPS Action 4: Interest deductions and other financial payments – Part 2, disponível em <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/public-comments-action-4-interest-deductions-other-financial-payments-part2.pdf>

OECD (2015), Executive Summaries 2015 Final Reports, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD; OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 – 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris (<http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>)

OECD (2015), Explanatory Statement, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD ([www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statements-2015.pdf](http://www.oecd.org/tax/beps-explanatory-statements-2015.pdf))

OECD (2014), Interest Deductions and other Financial Payments – BEPS Action 4 – Public Discussion Draft. Disponível em <http://www.oecd.org/ctp/aggressive/discussion-draft-action-4-interest-deductions.pdf>

OECD (2015), Limiting Base Erosion Involving Interest Deductions and Other Financial Payments, Action 4 - 2015 Final Report, OECD/G20 Base Erosion and Profit Shifting Project, OECD Publishing, Paris. Disponível em <http://dx.doi.org/10.1787/9789264241176-en>

OECD (2015), “Neutralising the Effects of Hybrid Mismatch Arrangements - Action 2 - 2015 Final Report”, 2015. Disponível em [http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report\\_9789264241138-en](http://www.oecd-ilibrary.org/taxation/neutralising-the-effects-of-hybrid-mismatch-arrangements-action-2-2015-final-report_9789264241138-en)

PAIS, SOFIA OLIVEIRA, “Princípios Fundamentais de Direito da União Europeia – Uma abordagem jurisprudencial”, 3ª Edição, Ed. Almedina, 2013

PARDAL, Francisco Rodrigues, “O Uso de Presunções no Direito Tributário”, *in* Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, N.º 325 / 327, Jan. – Mar.1986, CEF

PARECER n.º 98/95 de 17 de maio de 1995, emitido pelo Centro de Estudos Fiscais sob o Registo n.º 128/94 e sob o título “Dedução fiscal dos juros suportados com financiamentos destinados à obtenção de rendimentos isentos de IRC”, sancionado pelo Despacho do Secretário de Estado dos Assuntos Fiscais de 22 de julho de 1995, *in* Ciência e Técnica Fiscal, N.º 379, julho-setembro, 1995

PEREIRA, Manuel Freitas, “A Periodização do Lucro Tributável”, *in* Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, N.º 152, Lisboa, 1988  
– “Fiscalidade”, Ed. Almedina, 2005

PEYERL, Hermann, “*Deductibility of Interest and Royalties Restricted: Is Austria BEPS Rol Model?*”, *in* European Taxation, IBFD, 2014

PIRES, Virgílio Martins, “As Presunções no Direito Fiscal”, *in* Cadernos de Ciência e Técnica Fiscal, N.º 223/225, Julho / Setembro de 1977, Centro de Estudos Fiscais, Lisboa

PORTUGAL, António Moura, “A Dedutibilidade de Custos em IRC: Reflexões sobre Custos Incorridos em Actividades Isentas e Não Tributadas”, *in* Ciência e Técnica Fiscal, n.º 416, julho – dezembro 2005  
– “A Dedutibilidade dos Custos na Jurisprudência Fiscal Portuguesa”, Coimbra Editora, 2004

RELATÓRIO Final da Comissão para Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas *Comissão para a Reforma do Imposto sobre o Rendimento das Pessoas Coletivas*, “Relatório Final”, Lisboa, Ministério das Finanças, 2013

RIBEIRO, Ana Cristina, “A importância da Consolidação de Contas nas Autarquias”, Dissertação de Mestrado em Finanças Empresariais, Escola Superior de Tecnologia e Gestão de Viseu, novembro/2010

RODRIGUES, João, “Sistema de Normalização Contabilística Explicado”, 2ª Edição, Porto Editora, 2011

RODRIGUES, João Pedro Alves Ventura Silva Rodrigues, “Algumas reflexões em torno da efetiva concretização do princípio da capacidade contributiva”, *in* Estudos de Homenagem ao Conselheiro José Manuel Cardoso da Costa, 2003

ROSS, S., WESTERFIELD, R., JAFFE, J., e JORDAN, B., “*Modern Financial Management*”, 8<sup>th</sup> Edition, New York, 2008

SANCHES, José Saldanha, “Acerca da Hipótese de um Imposto sobre o Património da Empresa”, *in* Cadernos Ciência e Técnica Fiscal, n.º 171, Lisboa, 1995

SANGHAVI, Dhruv, SCHMIDT, Christian J., “TP or Not TP: Examining the Applicability of the Arm’s Length Principle to Inter-Company Equity Financing Transactions”, *in* Bulletin for International Taxation, IBFD, September 2013

SCHOLES, Myron, WOLFSON, Mark, ERICKSON, Merle, MAYDEW, Edward, SHEVLIN, Terry, “Taxes and Business Strategy: A Planning Approach”, New Jersey, 2009

STORCK, Alfred, “The Financing of Multinational Companies and Taxes: An Overview of the Issues and Suggestions for Solutions and Improvements”, in *Bulletin for International Taxation*, IBFD, Janeiro 2011

TAVARES, Tomás Castro, “Da Relação de Dependência Parcial entre a Contabilidade e o Direito Fiscal na Determinação do Rendimento Tributável das Pessoas Coletivas: Algumas Reflexões ao Nível dos Custos”, in *Ciência e Técnica Fiscal*, N.º 396, outubro-dezembro, Centro de Estudos Fiscais, 1999

TRAVERSA, Edoardo, “*Interest deductibility and the BEPS Action Plan: nihil novi sub sole?*”, *British Tax Review*, n.º 5, Ed. Sweet & Maxwell, 2013

XAVIER DE BASTO, José Guilherme, “O princípio da tributação do rendimento real e a Lei Geral Tributária”, in *Fiscalidade*, N.º5

VENTURA, Raúl, “Dissolução e Liquidação de Sociedades – Comentário ao Código das Sociedades Comerciais”, 4.ª reimpressão, Ed. Almedina, Coimbra, 2011

– “Sociedades Comerciais: Dissolução e Liquidação, Volume II, Edições Ática, Lisboa, 1960

VIDAL, Jean-Pierre, LAROCQUE, Denis, LEROUX, Justin, “*Base Erosion and Profit Shifting: Reliability and the Future of Transfer Pricing Methods*”, in *International Transfer Pricing Journal*, IBFD, November/December 2014

VLEGGERT, Jan, “Public Discussion Draft on Interest Deductions Proposes Worldwide Interest Allocation Rules”, in *Bulleting for International Taxation*, April/May 2015, IBFD